

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL – UFSC/IESA

AUTONOMIA MUNICIPAL: A INGERÊNCIA DA UNIÃO E
ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E ADMINISTRATIVAS

Mestranda: Lurdes Aparecida Grossmann

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cademartori

Florianópolis, novembro de 2001.

**AUTONOMIA MUNICIPAL: A INGERÊNCIA DA UNIÃO E ALGUMAS
CONSEQUÊNCIAS PENAIS E ADMINISTRATIVAS**

LURDES APARECIDA GROSSMANN

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA COMO
REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO**

ORIENTADOR: PROF. DR. SÉRGIO CADEMARTORI

FLORIANÓPOLIS

2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL – UFSC/IESA

A dissertação **AUTONOMIA MUNICIPAL: A INGERÊNCIA DA UNIÃO E ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E ADMINISTRATIVAS** elaborada por Lurdes Aparecida Grossmann e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, setembro de 2001.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. SÉRGIO CADEMARTORI – Presidente

Prof. Dr. LUIZ HENRIQUE CADEMARTORI – Membro da Banca

Prof. Dr. ÍNDIO ZAVARIZZI - Membro da Banca



Professor Orientador:

Dr. SÉRGIO CADEMARTORI

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. ANTÔNIO CARLOS WOLKMER

Para meu filho, Alexandre.

AGRADECIMENTOS

À Direção do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina por ter implantado uma Turma Especial em Santo Ângelo no Rio Grande do Sul e com isto possibilitar que mais estudantes tenham acesso ao conhecimento produzido neste curso que traz para o Direito uma dimensão totalmente nova e instigadora;

Ao Professor Orientador Sérgio Cademartori pela disponibilidade apresentada para a orientação e pelas aulas entusiasmadas e contagiantes que demonstram que conhecimento teórico não precisa ser sinônimo de aulas sisudas;

Ao Professor Antônio Carlos Wolkmer, professor e coordenador da Turma Especial do Mestrado em Santo Ângelo, pelas aulas maravilhosas e pelas obras que servem de inspiração e modelo para todos aqueles que abraçam o magistério superior e a vida acadêmica e na pessoa dele agradecer a todos os demais professores do curso pelos conhecimentos transmitidos e pela tenacidade de não medir distâncias para, parafraseando Milton Nascimento, levar o Direito onde o povo está;

Aos colegas da Turma Especial que ao longo dos meses das disciplinas obrigatórias acrescentaram muito às aulas com debates estimulantes e que se tornaram neste período muito mais que colegas, amigos;

Ao funcionário Robespierre do Instituto de Direito de Santo Ângelo - IESA pela simpatia, dedicação e apoio incansáveis e na pessoa dele homenagear ao Diretor e aos demais funcionários do Instituto;

Ao Departamento de Estudos Jurídicos da UNIJUÍ e a UNIJUÍ pelo apoio ofertado através da bolsa de estudos sem a qual não teria sido possível realizar o curso de Mestrado;

À colega Professora Ester Eliana Hauser pelo apoio e solidariedade nos momentos difíceis e pelas conversas encorajadoras e estimulantes e na pessoa dela agradecer aos demais colegas do Departamento de Estudos Jurídicos da UNIJUÍ;

Aos funcionários da Secretaria Acadêmica do Curso de Direito do Campus Santa Rosa, Solange e Rafael, pelo apoio, amizade e compreensão dispensados ao longo destes meses e na pessoa deles agradecer aos demais funcionários do Departamento de Estudos Jurídicos da UNIJUÍ;

Aos meus pais, Helmuth e Teresinha, primeiros educadores da minha jornada que com seu exemplo e dedicação fizeram de mim a pessoa que sou hoje e com seu apoio me ajudaram a concretizar um dos sonhos que acalentava, a realização deste trabalho;

Ao meu irmão Helmuth, pelo apoio recebido;

Ao meu marido André, por trilhar comigo este caminho e me ajudar a entender algumas perplexidades advindas dos estudos de Direito Constitucional;

Ao meu filho Alexandre, por me acordar com beijos que faziam com que as horas trabalhadas não produzissem cansaço, pelo abraço que confortava e pelo som do seu sorriso que era a música que me animava nos momentos de angústia e incerteza;

À Deus, pela saúde e vida que permitiram realizar este trabalho, concretizando um dos meus muitos sonhos.

SUMÁRIO

RESUMO	i
RESUMEN	ii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A AUTONOMIA MUNICIPAL	4
1.1 O Princípio Federativo	4
1.2 A repartição de competências na Constituição de 1988	22
1.3 O papel do município na Federação	29
CAPÍTULO 2 A INGERÊNCIA ILEGÍTIMA: O FEDERALISMO FORA DE LUGAR	43
2.1 A legalidade e a legitimidade no Estado de Direito: o enfoque garantista da questão	43
2.2 A formal e substancial política legislativa de ingerência da União na autonomia municipal	59
CAPÍTULO 3 A ILEGITIMIDADE DECORRENTE DAS SANÇÕES E A NECESSIDADE DE RESGATE DA AUTONOMIA MUNICIPAL ..	98
3.1 As espécies de sanções ao descumprimento de leis federais	98
3.1.1 Sanções Penais	100
3.1.2 Sanções Administrativas	110
3.2 O resgate da autonomia municipal frente à ingerência da União	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

RESUMO

Este trabalho é uma abordagem sobre a Ingerência da União nos Municípios promovida por meio de leis inconstitucionais, tanto sob o aspecto formal quanto substancial, passíveis de produzir sanções penais e administrativas em virtude de seu descumprimento. Pela análise do princípio federativo, da repartição de competências e do papel desempenhado pelo Município na Federação brasileira procura demonstrar a ingerência da União em áreas delimitadas constitucionalmente como de atuação do Município, através da produção de Leis e Medidas Provisórias inconstitucionais por ilegitimidade formal e material, muitas das quais violam princípios fundamentais plasmados na Constituição. Através da utilização dos conceitos de validade e vigência reconstruídos pela Teoria Garantista, propõe uma adequação da legislação federal aos contornos definidos pela Constituição à matéria, demonstrando as conseqüências penais e administrativas advindas do descumprimento destas leis. Ao final, busca demonstrar a importância do fortalecimento da autonomia municipal como um dos instrumentos aptos a implementar os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

RESUMEN

Esta investigación examina la interferencia del Estado sobre los Municipios promovida a través de leyes inconstitucionales, tanto en el aspecto formal, como sustancial, pasibles de producir sanciones penales y administrativas provenientes de su falta de cumplimiento. Por el análisis del principio federativo, de la repartición de competencias y del papel desempeñado por el Municipio en la federación brasileña, busca demostrar la influencia del Estado en áreas delimitadas constitucionalmente como de actuación del Municipio por medio de Leyes y Medidas Provisorias inconstitucionales por ilegitimidad formal y material, entre las cuales, muchas violan principios fundamentales plasmados en la Constitución. Utilizándose de los conceptos de validez y vigencia reconstruidos por la *"Teoría Garantista"*, la investigación propone una adecuación de la legislación federal a las líneas determinadas por la Constitución y señala las consecuencias penales y administrativas advenidas del fortalecimiento de la autonomía municipal como uno de los instrumentos aptos a implementar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a ingerência da União nos Municípios promovida por meio de leis inconstitucionais, tanto sob o aspecto formal quanto substancial, e algumas das sanções penais e administrativas possíveis de serem aplicadas em decorrência da inobservância destas leis.

No primeiro capítulo é enfocado o princípio federativo, suas origens, características, espécies e uma breve evolução histórica no mundo e no Brasil. Analisa o federalismo clássico, composto de dois entes federados, União e Estados, e o federalismo pátrio que sempre viveu o paradoxo de um federalismo formal, consagrado na Constituição, e um centralismo na prática, com o diferencial de conferir algumas autonomias aos Municípios, alçando-o a categoria de ente federado a partir da Constituição de 1988.

Após a análise recai sobre a repartição de competências insculpida na Constituição de 1988 e a delimitação da esfera de atuação de cada ente federado. São abordadas as competências materiais e legislativas de cada ente. Em um terceiro momento é trabalhado o papel do Município na Federação brasileira, esboçando um breve histórico de sua inserção nas Constituições brasileiras e em especial na de 1988 que promoveu o reconhecimento do Município como um dos entes que compõem a Federação do país.

Sob este prisma são analisadas as competências constitucionais estipuladas para o Município e em especial o conceito de *interesse local*, diretriz utilizada na

Constituição para delimitar a esfera de incidência da competência municipal. São confrontadas algumas acepções doutrinárias sobre o conceito de interesse local, tanto dos que a compreendem apenas como mero sucedâneo da expressão *peculiar interesse*, insculpido em outras constituições, passando por aqueles que pregam uma interpretação restritiva do termo após a Carta de 1988 e os que defendem uma interpretação extensiva, sendo ao final abordada a ótica da autora sobre o assunto.

O segundo capítulo centra sua análise nos conceitos de legalidade e legitimidade, do Estado de Direito Legislativo ao Estado Democrático de Direito, por meio da verificação destes conceitos em algumas teorias, esboçadas na obra *Estado de Direito e Legitimidade*, de Sérgio Cademartori, com forte na Teoria Garantista, de Luigi Ferrajoli, que reconstruiu estes conceitos à luz dos direitos fundamentais plasmados na Constituição, redefinindo os conceitos de validade, vigência e eficácia.

Verifica as transformações pelas quais passaram as Constituições que elevaram os direitos fundamentais, conquistas históricas da humanidade, à categoria de princípios e normas constitucionais e de que forma a Teoria Garantista é a que melhor se coaduna para analisar e interpretar estas constituições, permitindo a declaração de invalidade de normas que violam direitos fundamentais plasmados na Lei Maior.

Ainda neste Capítulo são trabalhadas algumas Leis Federais e uma Medida Provisória que demonstram a ingerência da União na seara de atuação do Município, produzindo tanto ilegitimidades formais, ao não respeitar a repartição de competências fixada na Lei Maior, quanto materiais ao atentarem contra direitos fundamentais consagrados na Constituição e que tentam impor aos Municípios as concepções da União sobre uma série de temáticas.

No Terceiro Capítulo são abordadas algumas sanções penais e administrativas previstas nestas leis federais por seu descumprimento, destacando que apesar de serem as sanções penais as mais severas que o Direito possui, são as sanções administrativas previstas nestas leis que mais atingem à sociedade pois via de regra limitam o acesso dos Municípios aos recursos federais, repercutindo na restrição ou

supressão de programas que implementam direitos fundamentais, como de alimentação e moradia.

Na esfera penal são trabalhadas algumas decisões da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especializada no julgamento de crimes praticados por Prefeitos Municipais, em que são analisados alguns crimes praticados nas leis trabalhadas no Capítulo 2, bem com a utilização de conceitos penais, como a atipicidade por ausência de dolo, e outros que geraram a não incidência da norma penal por absoluta impossibilidade de cumprimento destas em virtude da carência econômica dos Municípios e falta de infra-estrutura destes entes.

Com relação às sanções administrativas, faz um confronto entre as exigências contidas em algumas leis federais e a realidade da maioria dos municípios brasileiros, conforme dados do Censo 2000, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, demonstrando a inviabilidade do cumprimento de uma série de condições impostas por leis federais que extrapolaram a determinação constitucional de serem normatizadoras genéricas para tornarem-se impositoras absolutas da vontade da União, não permitindo a atuação legiferante local.

Desta análise demonstra a inviabilidade de cumprimento de várias normas federais e de como a União manipula o poder econômico para cancelar a autonomia municipal e promover sua ingerência, através da ameaça de restrição ou suspensão de recursos.

Ao final é realizada uma explanação sobre a importância de resgatar a autonomia municipal como um dos instrumentos capazes de implementar os direitos fundamentais consagrados na Constituição e de que forma a declaração de invalidade de normas federais, com base na Teoria Garantista, pode restituir estas Leis aos contornos determinados pela Constituição à matéria.

O método utilizado no trabalho é o dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada para a confecção da Dissertação foi a pesquisa bibliográfica.

CAPÍTULO 1 O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A AUTONOMIA MUNICIPAL

1.1 O PRINCÍPIO FEDERATIVO

A organização dos homens em sociedade passou ao longo da história por diversas fases. De um agrupamento nômade e isolado, passaram a viver em comunidades que mudaram sua forma governamental visando melhor disciplinar seus interesses e objetivos enquanto ordenamento social, transformando-se aos poucos no Estado como hoje é concebido.¹⁻²

Na forma embrionária de Estado vislumbrava-se como um traço comum a hegemonia do Estado unitário, conceituado como aquele em que há um poder

¹ Não é objetivo deste trabalho a análise acerca das diversas teorias a respeito do surgimento do Estado, dentre as quais destacam-se ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997 e HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Para o primeiro, o Estado surge de um pacto de vontades, de um Contrato Social “*Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum e, pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes.*” ROUSSEAU, op. cit., p. 35. Para o segundo, o Estado também surge de um pacto, mas diferentemente de Rousseau, não há liberdade, há a submissão do súdito ao soberano: “*A outra [forma de aquisição do poder soberano] é quando os homens concordam entre si em submeterem-se a um homem, ou a uma assembleia de homens, voluntariamente, com a esperança de serem protegidos por ele contra todos os outros. Este último pode ser chamado de um Estado Político, ou um Estado por instituição.*” HOBBS, op. cit., p. 106.

² O termo “Estado” será utilizado neste trabalho segundo acepção de Eduardo K. M. Carrion: “*Entretanto, sem infringir a boa teoria, poderíamos perfeitamente empregar a expressão Estado num sentido genérico, referindo-se à realidade do poder político em outras épocas e sociedades.*” CARRION, Eduardo Kroeffer Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 62.

político unitário e centralizado com “*um único centro de decisões (...) fixando-se nele o conjunto das competências*”³,

Esta forma de organização em que todas as normas emanavam de um único centro adaptava-se a um período histórico caracterizado por Estados autoritários, com governantes despóticos escolhidos entre determinados componentes do conjunto social e no qual a participação popular ainda era incipiente. A figura do imperador ou do soberano absolutista não comportava a idéia de uma delegação de poderes que permitisse o seu exercício por entes autônomos.

Mas, apesar da hegemonia do Estado unitário, existiram na idade antiga, notadamente na Grécia, algumas características que iriam aparecer futuramente nos Estados Federados.⁴ Marlene Savóia Grasso aponta para o fato de que apesar de somente na época moderna ser formulada uma teoria da estrutura do Estado, mesmo nos Estados antigos, como nas cidades helênicas e romanas, havia certo grau de descentralização administrativa e política, com autonomia referente a assuntos de interesse local⁵, conceito que acompanhou a referência à autonomia dos municípios nas constituições brasileiras.

O fato de a Grécia antiga ser uma exceção ao período em que predominavam Estados com perfis centralizados, apresentando algumas características federalistas, está intimamente ligado ao fato desta civilização ser o berço da formação do conceito de democracia, expressa nas concepções de Aristóteles, em *A Política*: “*O princípio fundamental do governo democrático é a liberdade (...) um dos características essenciais da liberdade é que os cidadãos obedeçam e mandem alternativamente (...) é preciso forçosamente que a soberania resida na massa do povo, e que aquilo que*

³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 166.

⁴ Sobre o tema ver também ROCHA, op. cit., p. 196, e BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Forense: Rio de Janeiro, 1986. Em sentido contrário, Dalmo de Abreu Dallari entende que “*(...) o Estado Federal é um fenômeno moderno, que só aparece no séc. XVIII, não tendo sido conhecido na Antiguidade e na Idade Média.*” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 216.

⁵ GRASSO, Marlene Savóia. *O Sistema Federativo*. IN: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 3, abril-junho de 93, p. 62

*ele tenha decretado seja definitivamente firmado como o direito ou o justo por excelência, pois que se pretende que todos os cidadãos têm direitos iguais.”*⁶

Este imbricamento entre federalismo e democracia⁷ é um dos fatores para a propagação do federalismo como sistema adotado por elevado número de países modernamente. Celso Ribeiro Bastos também aponta este como um dos principais fatores para a ampliação da adoção do sistema federativo pelos países, destacando

“É que a Federação tornou-se, por excelência, a forma de organização do Estado democrático. Hoje, nos Estados Unidos, há uma firme convicção de que a descentralização do poder é um instrumento fundamental para o exercício da democracia. Quer dizer, quanto mais perto estiver a sede do poder decisório daqueles que a ele estão sujeitos, mais probabilidade existe de o poder ser democrático. Este é um ponto fundamental: não teremos uma autêntica democracia no Brasil se não houver uma forte tendência descentralizadora. Um poder central estatizante é inconveniente com uma autêntica Federação, que pressupõe um equilíbrio entre as diversas esferas governamentais.

*(...) O fato de a ditadura ter sido centralizadora é perfeitamente explicável. O veículo por excelência do governo autoritário é a centralização do poder.”*⁸

Conforme Carmén Lúcia Antunes Rocha “Em 1986, levantamento feito por M. Frenkel anotava a existência de mais de 20 Estados Federais no mundo, ocupando eles, aproximadamente, 52% da área territorial do Planeta e representando, mais ou menos, 40% da população mundial.”⁹

⁶ ARISTÓTELES. *A Política*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988, p. 136-137.

⁷ Será objeto de análise no Segundo Capítulo a nova concepção de democracia proposta pela Teoria Garantista.

⁸ BASTOS, Celso. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 215.

⁹ ROCHA, op. cit., p. 170-171.

Para atingir este patamar houve um processo evolutivo com o aperfeiçoamento da concepção de Estado. Nesta caminhada constatou-se, num primeiro momento, a necessidade da limitação do poder dos governantes e, posteriormente, a criação de mecanismos que garantissem a participação mais efetiva dos cidadãos no governo.¹⁰

Para consolidar a primeira destas metas adotou-se como instrumento apto a controlar o poder absoluto dos governantes o sistema de divisão das funções do Estado concebido por Montesquieu, que pregava a divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, em que cada um deles seria o “freio e contrapeso” do outro¹¹.

Mas não bastava a divisão do poder tomando-se por base as suas funções, havia necessidade também de dividi-lo territorialmente para possibilitar uma melhor adequação ao exercício destas funções¹². A complexidade do Estado moderno não podia prescindir de um mecanismo capaz de dar conta dos variados problemas advindos da sua diversidade cultural, econômica e social.

Surge então para complementar esta divisão funcional do poder, com o advento da Constituição Americana de 1787, a concepção da divisão territorial do poder através da autonomia dos Estados-membros, expressa no Federalismo.¹³ José Alfredo de Oliveira Baracho aponta a evolução do federalismo: “*Vamos encontrar a palavra [federalismo] no vocabulário político grego. Para expositores das idéias políticas, deve-se a Althusius (1562-1638), a primeira teorização do federalismo. Com a Revolução Americana, inicia-se a história*

¹⁰ Neste sentido, ver DALLARI, op. cit.

¹¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 167-184. Na mesma obra o autor também elenca nas páginas 155, 156 e 157, os requisitos de uma república federativa.

¹² No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos: “*Como estamos encarando, a federação nada mais é do que a transplantação para o plano geográfico da tripartição de poderes do plano horizontal, de Montesquieu.*” BASTOS, 1998, p. 285.

¹³ Não se desconhece que Estados unitários, como a França por exemplo, possuem um alto grau de descentralização e de observância dos princípios democráticos, apenas foi constatado, conforme alguns autores citados, a estreita relação existente entre o federalismo e a democracia.

moderna do federalismo. Essa nova concepção do federalismo está vinculada ao desenvolvimento e ao enriquecimento da democracia constitucional. ” ¹⁴

A Constituição Americana de 1787 é considerada o marco do federalismo moderno por trazer em suas bases a concepção de uma divisão territorial do poder, na qual a Constituição considera os entes federados autônomos e estabelece uma repartição de competência entre eles. Naquela Carta Constitucional, o governo federal recebeu poucos e definidos poderes, ligados principalmente aos objetivos externos como guerra, paz e comércio exterior enquanto os Estados receberam poderes numerosos e indefinidos. ¹⁵

O federalismo americano surgiu em virtude de uma situação histórica bastante peculiar. Quando da independência americana, a Confederação foi a forma adotada pelas 13 colônias pois tinham vivido independente uma das outras sem laços religiosos, culturais ou econômicos que as unissem ¹⁶. Posteriormente, verificou-se que esta forma adotada fragilizava a posição das colônias, tanto no âmbito interno com a presença hostil dos indígenas, quanto externamente pela ameaça de uma invasão holandesa ou mesmo inglesa. ¹⁷

Era necessário criar um modelo político que contemplasse a autonomia das Colônias, permitindo a convivência destas diversidades, e aos mesmo tempo fosse capaz de uni-las em relação aos interesses gerais comuns. Este modelo foi encontrado no Federalismo. ¹⁸

¹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo, nº 202, out/dez 1995. Rio de Janeiro: Renovar, p. 50.

¹⁵ BARACHO, 1986, p. 37.

¹⁶ Neste sentido ver DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3 ed. Trad. A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 369.

¹⁷ ROCHA, op. cit., p. 197-198.

¹⁸ Sobre as bases teóricas do federalismo americano ver JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos/ Thomas Jefferson. Senso comum/Thomas Paine. O Federalista/ Hamilton, Madison, Jay. A democracia na América; O Antigo Regime e a Revolução/ Alexis de Tocqueville; seleção de textos de Francisco C. Weffort; traduções de Leônidas Gontijo de Carvalho ... (et al.)*. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, o Federalismo baseia-se em uma divisão de competências, fixada por uma constituição rígida, em que os entes que a compõem possuem autonomia político-administrativa, fazendo com isto que coexistam num mesmo território várias ordens jurídicas incidentes de forma coordenada e harmônica.¹⁹⁻²⁰

A autonomia decorrente do federalismo pressupõe a autonomia financeira, necessária para a implantação das competências fixadas para cada ente dentro de sua esfera de atuação: a autonomia administrativa para auto-organizar-se e gerir os bens e serviços públicos; autonomia legislativa para editar seu ordenamento jurídico dentro dos limites traçados constitucionalmente através da divisão de competências e autonomia política, entendida como a possibilidade de escolha dos mandatários de cada ente, sem intervenção do poder central.

Esta autonomia política faz com que no federalismo o exercício de poder dê-se de forma compartilhada entre diversos governantes o que cerceia a incidência do autoritarismo, a divisão limita o poder. Segundo Marlene Savóia Grasso “(...) quanto mais reconhecido aos entes locais o direito de auto-governo, quanto mais dividido o poder, tanto menor as chances de abuso deste mesmo poder (...)”²¹

¹⁹ Idem, p.171. Existem diversas variáveis no federalismo, mas os requisitos elencados pela autora são detectáveis na maioria.

Como alerta Roque Antonio Carazza “(...) Federação é apenas uma forma de Estado, um sistema de composição de forças, interesses e objetivos que podem variar, no tempo e no espaço de acordo com as características, as necessidades e os sentimentos de cada povo.”¹⁹ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 77.

Alexandre de Moraes, ao elencar os princípios que devem constar em uma Constituição federativa também elenca a existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da Constituição Federal; a participação dos Estados no Poder Legislativo Federal, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal e a possibilidade constitucional excepcional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.256.

²⁰ Sobre os diversos tipos de federalismo, dentre os quais destacam-se o centripeto, centrífugo, cooperativo e de equilíbrio, ver: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45. HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 360 e BARACHO, op. cit., p. 35-43.

²¹ GRASSO, op. cit., p. 63

Desta forma, com a adoção do federalismo, o poder deixa de ser concentrado em uma figura central, unitária e absoluta e passa a ser exercido de forma dividida e limitada, tanto no aspecto funcional quanto no territorial.

Superada a questão da limitação do poder, buscou-se também garantir a participação efetiva do cidadão no governo através da adoção, por parte dos Estados, do regime democrático.

Conforme Dalmo de Abreu Dallari²², do Estado Moderno, surgido após a Idade Média e caracterizado pela soberania, território, povo e finalidade, no Século XVIII evolui-se para o Estado Democrático. Esta transição baseou-se nas idéias de alguns teóricos contratualistas, dentre os quais o autor destaca Rousseau e Locke, sendo influenciada pelo *Bill of Rights*, de 1689, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776 e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Segundo o autor, o Estado Democrático caracteriza-se por ser o governo do povo e possuir três pontos fundamentais: supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de Direitos.

Nas palavras de J.J. Canotilho: “(...) o Estado concebe-se hoje como Estado constitucional democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constitutiva das ‘estruturas básicas da justiça’) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática (...)”.²³

Nesta perspectiva, o regime democrático²⁴ amolda-se de forma mais eficaz na Federação porque ela pressupõe uma descentralização do poder o que o aproxima do cidadão, bem como promove uma melhor adequação do governo às

²² DALLARI, op. cit., p. 123 a 128.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 43.

²⁴ Sobre o tema federalismo e regime democrático ver BARACHO, op. cit., p. 53 e 54.

necessidades da comunidade²⁵. Ao fragmentar o poder, o Federalismo permite que as normas sejam produzidas e implementadas respeitando as especificidades das comunidades para as quais deverão ser aplicadas promovendo, por consequência, uma maior legitimidade.²⁶

É certo que não há uma mera relação de causa e efeito entre a adoção do federalismo e a obtenção do regime democrático, ou vice-versa, mas quando ambos os modelos são realmente implantados na prática e não mera figuras de retórica, como ocorreu em diversos períodos da história brasileira²⁷, visualiza-se uma interação entre ambos pelos motivos elencados.

Dalmo de Abreu Dallari afirma que *“Essa forma de Estado, com seu governo peculiar, demonstrou ser capaz de dificultar, ainda que não impedir, a acumulação de poder num só órgão, dificultando por isso a formação de governos totalitários.”*²⁸

Sob estes dois prismas, democracia e limitação do poder, justifica-se a crescente adoção por parte dos Estados do modelo Federativo em detrimento ao Unitário pois este modelo é o que melhor expressa o regime democrático, pois possibilita a participação do cidadão, bem como promove uma limitação do poder dos governantes, ao dividi-lo entre seus vários entes.

Cabe ressaltar que há Estados que apesar de Unitários apresentam características de descentralização, mas estas não se confundem com o

²⁵ Conforme observado anteriormente (vide nota de rodapé nº 13) esta constatação não afasta o reconhecimento de que existem Estados unitários descentralizados e não totalitários, como a França, bem como a existência de Estados formalmente federativos e com praxis centralizadora, como o existente no país durante o Estado Novo de Getúlio Vargas.

²⁶ Conforme ROCHA, op. cit., p. 173: *“O princípio federativo realiza, ainda, a aspiração de participação, conciliando-se então com as idéias democráticas que dominam atualmente. Quanto mais próximo do centro de decisões políticas estiver o cidadão, mais a comunidade participa do exercício do poder e mais legitimidade tem esse exercício.”*

²⁷ Citam os autores Cármen Lucia Antunes Rocha e Michel Temer como os períodos mais centralizados em termos de exercício de poder o Estado Novo de Getúlio Vargas e a ditadura militar instaurada em 1964 que em alguns momentos promoveu as figuras dos Prefeitos e Governadores biônicos (indicados pelo poder central). ROCHA, op. cit., p. 230-231. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 71-72.

²⁸ DALLARI, op. cit., p. 219.

Federalismo. Segundo Roque Antonio Carrazza, *"No Estado Unitário descentralizado as competências dos governos locais estão subordinadas ao governo central, que por seu Poder Legislativo, pode restringir-lhe a autonomia. Na Federação, pelo contrário, a autonomia dos governos estaduais está a salvo das incursões do Poder Legislativo federal."*²⁹

Outra característica distintiva entre Estado Unitário descentralizado e Federal é apresentada por Joaquim Castro Aguiar: *"Mas o Estado Unitário descentralizado não se confunde como o Estado Federal, seja porque a descentralização resulta, para o Estado Unitário, de regra infraconstitucional, seja por ser essa descentralização meramente autárquica, administrativa, e não política."*³⁰

Para Kelsen,

*"Idealmente, uma comunidade jurídica centralizada é aquela cujo ordenamento consta única e exclusivamente de normas jurídicas que valem para todo o território do Estado, enquanto uma comunidade jurídica descentralizada é, idealmente, aquela cujo ordenamento consta de normas que vigoram para domínios (territoriais) parcelares. Dizer uma comunidade jurídica se desmembra em regiões ou parcelas territoriais, significa que todas as normas ou apenas certas normas deste ordenamento apenas vigoram para território parcelares. Neste último caso, a ordem jurídica é integrada por diferentes âmbitos espaciais de validade."*³¹

Além destes estão surgindo novas variáveis do Estado Unitário e Federado decorrentes das significativas mudanças pela qual está passando o conceito de

²⁹ CARRAZA, op. cit., p. 84.

³⁰ AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 5.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 348.

Estado, fazendo com que não haja mais uma simples correlação de Estado unitário como centralizado e Federativo como descentralizado³².

A globalização desencadeou o fortalecimento de blocos regionais e rompeu com esta correlação, gerando a necessidade de novas concepções que abarquem as novas formas híbridas de Estado que estão surgindo e que colocam em cheque noções fundamentais para as concepções de Estado forjadas até então, como o conceito de soberania³³. Mas estas modificações ainda não sedimentaram novos rumos que permitam explorar de que forma as teorias federalistas vão refletir esta realidade conjuntural.

No Brasil, o federalismo surge com o advento da República. Importa-se o modelo americano de federalismo sem atentar para a realidade oposta do país em termos de exercício do poder. Enquanto os Estados Unidos passaram de uma Confederação³⁴ para uma Federação, tendo portanto uma idéia muito clara do exercício da autonomia por parte de cada Estado antes da implantação do federalismo, no Brasil passou-se diretamente de um Estado unitário para um Estado federado. Rui Barbosa, citado por Marlene Savóia Grasso, alertava para os perigos de passar-se *“da negação quase absoluta da autonomia ao gozo de uma autonomia quase absoluta”*.³⁵

³² ROCHA, op. cit., p. 169.

³³ Sobre o tema Globalização, ver FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1998. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

³⁴ Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha, op. cit., p. 175, as distinções entre o Federalismo e a Confederação são: *“(...) no Estado Federal, uma única [ordem jurídica] é soberana, qual seja, a nacional ou aquela que engloba a unidade nacional, enquanto na Confederação, tanto a entidade nacional, quanto as entidades confederadas gozam de soberania. Assim a soberania decompõe-se para voltar a compor-se na Confederação. No Estado Federal, entretanto, apenas a ordem nacional é soberana, gozando as entidades federadas tão somente de autonomia, limitada a sua ação aos princípios postos pelo poder constituinte nacional (...)”*.

³⁵ GRASSO, op. cit., p. 69.

Paulo Bonavides discorda do fato de não termos experiência federalista³⁶ entendendo que o federalismo esteve presente em todas as lutas para a libertação do país.

Mas o autor ao elencar as várias vezes em que o federalismo é cogitado no país até o advento da República, iniciando-se com a Revolução Pernambucana de 1817³⁷, não alerta para o fato de que estas lutas colocavam a federação como o sistema ideal a ser atingido pelo Estado brasileiro mas que na prática nunca foi vivenciado pelo país e constata que quando da implantação do federalismo ele foi *“eivado de contradições e impurezas centralizadoras que lhe desfiguraram a imagem; um federalismo açotado de ameaças autocráticas e unitaristas geradoras de injustiças e ressentimentos”*³⁸, que na realidade era o retrato da práxis instituída no país por Portugal, desde seu “descobrimento”

Também Pinto Ferreira detecta uma *“vocação histórica do Brasil para o federalismo”*, pautado principalmente na *“imensidão territorial do país”*.³⁹ Mas quando o autor discorre sobre a colonização portuguesa, constata a existência de uma autonomia administrativa, mas não política da Colônia: *“A colonização portuguesa, tanto quanto a espanhola, bastante divergiu assim da colonização inglesa, pois esta sempre se propôs experimentar o self-government, um grau relativo de autonomia política em suas colônias, o que as habituou de início à prática do governo representativo, ao passo que a colonização lusitana se estruturava na base de simples descentralização administrativa, de autonomia administrativa e não política.”*⁴⁰

Michel Temer esclarece a diferença entre autonomia política e autonomia administrativa: *“Se ela [autonomia] vai ao ponto de criação de diversos núcleos capazes de dizer a respeito de atribuições próprias, ou seja, com aptidão para inovar a ordem jurídica sobre aquela matéria, tem-se autonomia política. Se, ao*

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. São Paulo: Malheiros, 1996.

³⁷ Idem, 1996, p. 340-341.

³⁸ Ibidem, 1996, p. 342.

³⁹ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 265.

⁴⁰ FERREIRA, op. cit., p. 267.

contrário, o novo centro pode apenas executar o estabelecido por outro núcleo, o original, encontra-se a autonomia administrativa."⁴¹

Na época do Brasil Colônia em virtude da grande dimensão territorial e da adoção do sistema de capitanias havia uma grande dispersão em termos administrativos mas, sob a ótica legal, o país adotava a legislação portuguesa, expressa nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas⁴², de modo uniforme em todo o território brasileiro.

Hely Lopes Meirelles ao comentar o município sob a ótica do Brasil-Colônia, destaca que : *"O município português foi transplantado para o Brasil-Colônia com as mesmas organizações e atribuições políticas, administrativas e judiciais que desempenhavam no Reino (...) No período colonial, a expansão municipalista foi restringida pela idéia centralizadora das Capitanias, afogando as aspirações autonômicas dos povoados (...) "*⁴³

Não existia uma autonomia das colônias, diferentemente do que ocorria nos Estados Unidos, pois tudo era dirigido por e para Portugal. Nas palavras de Raymundo Faoro: *"Não se negue, todavia, os efeitos descentralizadores, dispersivo das donatarias. Efeitos inevitáveis, decorrentes do isolamento geográfico, da extensão da costa, capazes de gerar núcleos de autoridade social, sem que a administração real permitisse a consolidação da autonomia política (...) Olhos vigilantes, desconfiados cuidavam para que o mundo americano não esquecesse o cordão umbilical, que lhe transmitia a força de trabalho e lhe absorvia a riqueza. O rei estava atento a seu negócio.*"⁴⁴

⁴¹ TEMER, op. cit. p. 60.

⁴² WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. In "O Direito no Brasil Colonial", Cláudio Valentin Cristiani, p. 216: *"As leis gerais, salvo casos particulares, eram consideradas vigentes no Brasil-Colônia e seu ajuntamento fez surgir três grandes ordenações a saber: Ordenações Afonsinas (1466), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603).*

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 34-35.

⁴⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro* – 9 ed. São Paulo: Globo, 1991, p. 133.

As repercussões desta transposição sem adaptações, de uma Monarquia centralizadora para uma República Federativa, surgiu em um breve espaço de tempo. O advento da República e a adoção abrupta do federalismo, sem atentar para as peculiaridades brasileiras, promoveu o fortalecimento das oligarquias estaduais, expressa no regime “*café como leite*” em que alternavam-se no poder governantes de Minas Gerais e de São Paulo.

Esta ruptura foi tão avassaladora e acentuada que serviu de justificativa para um golpe de estado e a implementação de um regime centralizado e ditatorial: o Estado Novo de Getúlio Vargas. Segundo Pinto Ferreira:

*“ Tal Constituição [a de 1934] teve vida precária, logo substituída pela Lei Maior de 10-11-1937, com um grande fortalecimento do Poder Executivo federal, que na prática quebrou a autonomia dos Estados-Membros, vivendo sob o regime da intervenção federal durante toda a vigência da aludida Lei Maior (...). A Carta Política de 1937 eliminou a autonomia municipal, uma vez que determinou a nomeação dos prefeitos pelo Executivo estadual, embora ressaltando a competência tributária dos Municípios. ”*⁴⁵

Em todo período republicano, as Constituições brasileiras continuaram a esboçar o sistema federativo como aquele adotado pelo país, apesar de algumas vezes ficar patente a total incompatibilidade entre a teoria e a prática. O artigo 1º da Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967 e o artigo 3º da Constituição de 1937 dispõem sobre o sistema federativo.⁴⁶

Mas não basta que a Constituição estabeleça a repartição de competências se a realidade vivenciada pelo Estado não reflita esta determinação constitucional. O Brasil adota desde 1891 o princípio federativo como um de seus paradigmas e no entanto por diversas vezes tal princípio foi violado de forma expressa ou implícita por um ou vários entes que compõem a Federação.

⁴⁵ FERREIRA, op. cit., p. 271 e 303.

Para Fernanda Dias Menezes de Aguiar a centralização política vem marcando o federalismo no Brasil.⁴⁷ Celso Ribeiro Bastos afirma que a realidade não confirma a significação dada à federação e considera como provável que nenhum princípio tenha sido tão fortemente degradado quanto o federativo.⁴⁸

A Constituição de 1988 dispõe no seu primeiro artigo sobre o sistema federativo, elencando-o posteriormente como o primeiro item que não poderá sofrer emenda constitucional tendendo a aboli-lo.⁴⁹

Mas, como alerta Ricardo Lodi Ribeiro: *"(...) não é necessário, para que se considere violada uma cláusula pétrea, que uma emenda revogue expressamente o direito individual, basta que fira o núcleo essencial do direito. Da mesma forma, a emenda para ferir a cláusula pétrea da Federação não precisa declarar abolida a Federação, basta que atente contra a autonomia dos Estados da Federação, inviabilizando sua capacidade de autogoverno e auto-administração."*⁵⁰

Ao adotar o princípio federativo, a Constituição determina a esfera de atuação de cada ente que compõe a Federação não podendo um deles imiscuir-se sobre a competência dos demais sob pena de estar violando este princípio.

Como se vislumbra é da essência do federalismo a autonomia dos entes federados, não podendo esta ser violada sem estar sendo corrompido o mandamento constitucional que a determina. Mesmo que um dos entes da federação consentisse em uma restrição a sua autonomia, este consentimento não teria eficácia pois seria carecedor de amparo constitucional. Somente a Constituição pode restringir ou delegar uma autonomia que ela confere.

⁴⁶ CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 255, 383, 473, 597, 683, 751.

⁴⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

⁴⁸ BASTOS, 1998, p. 281.

⁴⁹ Vide arts. 1º e 60, § 4º da Constituição Federal de 1988.

⁵⁰ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Pacto Federativo e Reforma Tributária*. In: Revista de Direito Administrativo, 222, 87-96, out/dez 2000. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 p. 89.

Mas na prática, apesar do princípio federativo estar fixado na esfera constitucional como um dos princípios da República Brasileira, verifica-se através de algumas leis e medidas provisórias editadas pela União que o ordenamento jurídico está sob o jugo de um Estado centralizado, em que as decisões emanam do Governo Central sem respeitar o modelo preconizado pela Constituição, não passando o federalismo muitas vezes de mera ficção legal, como alerta José Alfredo de Oliveira Baracho⁵¹

“Na análise do federalismo, chega-se a dizer que a descentralização política que ele implica, em muitos casos, não passa de ficção legal. A tendência à centralização leva à afirmativa de que ocorre um verdadeiro processo de desfederalização em muitos modelos atuais, com altos índices de predominância do Estado unitário. A forma de Estado federal implica, normalmente, a distribuição territorial do poder político, com a coexistência de esferas de governo, com competências definidas, possibilitando coordenação e independência. Dentro deste entendimento, no Estado federal não deve ocorrer um poder regular todos os aspectos da atividade estatal, desde que o governo central surge legalmente limitado no exercício de algumas funções, ao passo que importantes esferas da atividade governamental são dirigidas às unidades locais.”

Para realizar a autonomia preconizada pelo federalismo torna-se essencial definir regras que permitam que os entes federados interajam de forma harmônica e independente, estabelecendo de forma clara os limites de atuação de cada um. O principal veículo para a consecução desta meta é a repartição de competências.

Esta repartição encontra-se na Constituição de cada país. Segundo Baracho *“As bases sob as quais deve ser efetivada a repartição de competência entre o Estado Federal e seus membros variam de acordo com a Constituição a*

⁵¹ BARACHO, 1986, p. 21-22.

determina.”⁵² Ainda o mesmo autor destaca que “as modalidades que assumem os Estados Federais encaminha-nos para o levantamento das distintas graduações da descentralização”.⁵³

A delimitação da esfera de atuação de cada ente, através da repartição de competências, deve estar insculpida em uma constituição escrita rígida. José Horácio Meirelles Teixeira assim definia uma Constituição rígida: “(...) diz-se rígida a Constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os processos ordinários de elaboração das leis.”⁵⁴

J.J. Gomes Canotilho, no entanto, afirma que

“Todavia, ao contrário do que muitas vezes se afirma, não é a existência de um processo de revisão estabelecido de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez da Constituição. Este carácter deve procurar-se antes, em sede do poder constituinte. As normas de revisão não são o fundamento da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte.

Esta escolha de um processo agravado de revisão, impedindo a livre modificação da lei fundamental pelo legislador ordinário (constituição flexível), considera-se uma garantia da Constituição. O processo agravado de revisão é, por sua vez, um instrumento dessa garantia – a rigidez constitucional é um limite absoluto ao poder de revisão, assegurando, desta forma, a relativa estabilidade da Constituição.”⁵⁵

A rigidez constitucional possibilita a delimitação clara da seara de competência de cada ente federado, permitindo um melhor controle da atuação de cada um, evitando a avocação, invasão ou sobreposição de competências. Cármen

⁵² Idem, p. 28.

⁵³ Ibidem, p. 46.

⁵⁴ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 108.

Lúcia Antunes Rocha destaca que *“ausente tal qualidade constitucional [a rigidez constitucional] poderia haver uma mutilação dos fundamentos da Federação ao sabor das decisões políticas momentâneas.”*⁵⁶

Por esta razão é fundamental para o Estado Federal a existência de um órgão controlador da constitucionalidade das leis pois a ele é confiada *“a tarefa de zelar pela Constituição, impedindo que União ou os Estados-membros violem as normas constitucionais que definem as competências próprias de cada esfera de poder.”*⁵⁷

Segundo Baracho *“As relações constitucionais dos poderes geram disposições relativas à separação de jurisdições e a repartição de competências legislativas. Nem sempre essas disposições, por suas generalidades, traçam fronteiras definitivas, daí a necessidade da interpretação dos textos para precisar qual governo é competente para legislar em cada caso concreto.”*⁵⁸

No Brasil o Supremo Tribunal Federal é o órgão incumbido de zelar pela observância das normas e princípios dispostos na Constituição, nos termos do art. 102 da Constituição Federal. Para Michel Temer, *“(...) o Supremo Tribunal Federal opera como guardião da Carta Magna. Não há questão constitucional que a ele não possa ser levada, conhecida e decidida. Trata-se de órgão incumbido do controle de constitucionalidade das leis, nota necessária à manutenção do sistema federal.”*⁵⁹

Mas, em muitas ocasiões, há violações ao princípio federativo principalmente por legislação emanada da União sem que o Supremo Tribunal Federal manifeste-se sobre a inconstitucionalidade destas normas. Quando o Supremo se despe de sua função de guardião da Constituição e, portanto, mantenedor do princípio federativo

⁵⁵ CANOTILHO, 1995, p. 1123.

⁵⁶ ROCHA, op. cit., p. 178.

⁵⁷ GRASSO, op. cit., p. 66.

⁵⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988.* Revista de Direito Administrativo, nº 202, out/dez 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 50.

⁵⁹ TEMER, op. cit., p. 69.

através da coibição de leis que o infrinjam, verifica-se a quebra deste princípio pela ingerência de um ou mais entes sobre os demais, notadamente da União em relação aos demais entes federados.⁶⁰

Conforme Sérgio Cademartori, esta postura do Supremo Tribunal Federal de considerar válidas normas inconstitucionais, analisando-as apenas pelo viés econômico, decorre de uma crise de legalidade do próprio Estado de Direito em que há maximização de um Poder, o Executivo, que passa a legislar sobre os mais diversos assuntos, buscando uma legitimidade das normas não face à Constituição, mas baseando-se tão somente da eficácia econômica de tais medidas, fragilizando os demais poderes, inclusive o Judiciário na Corte que deveria ser a mantenedora da ordem constitucional. Exemplo destas situações são a não cassação da Medida Provisória 168, que confiscou a conta-corrente e poupanças e Emenda nº 2/93 que instituiu restrições ao acesso à justiça.⁶¹

Portanto, não basta a existência da delimitação constitucional da atuação de cada ente federado na sua esfera de autonomia, faz-se necessário que os demais integrantes do federalismo respeitem a órbita de atuação dos outros e, em caso de violação, sejam restituídos os contornos definidos pela Constituição à matéria, através da manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma violadora.

Como destaca Carmén Lúcia Antunes Rocha :

“Por isso é que se tem por certo que não é suficiente a nomeação constitucional de uma determinada forma de Estado – acolhedora de um dos modelos de descentralização – para que se a tenha por experimentada na praxis constitucional. Se o modelo de repartição de competências adotado no sistema minguar a atuação política das entidades periféricas do Estado e condenar a um acanhamento, que

⁶⁰ O tema será objeto abordado em maior profundidade no Segundo Capítulo da Dissertação.

⁶¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 177-178.

leve mesmo à quase inexistência a autonomia das ordens jurídicas parciais, não se terá, então a forma nominada no texto formalizado na experiência do sistema constitucional.”⁶²

Este paradoxo entre a formalização de um modelo expresso na Lei Maior e o desvirtuamento na sua implementação ganha contornos mais sutis na atualidade em que a ingerência de um ente sobre os demais, no caso brasileiro da União sobre os Estados e Municípios, dá-se através de normas infra-constitucionais que violam o princípio federativo, como ficará demonstrado ao longo deste trabalho.

1.2. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A repartição de competências é a medula constitucional da forma federativa de governo. Através da clara delimitação da atuação de cada ente federado é que poderá coexistir sobre um mesmo território, simultaneamente, diversos níveis de normatização sem que haja conflito, mas convivência pacífica para obtenção de objetivos comuns. José Afonso da Silva define competências como *“as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.”*⁶³

Para Fernanda Dias Menezes de Almeida *“A partilha do poder de legislar é sempre o fulcro da repartição de competências, já que a lei – pensando-se em termos de Estado de direito – é que dá a dimensão do exercício dos demais poderes.”*⁶⁴

A Constituição implementa a descentralização do poder preconizada pelo Federalismo através da criação de espaços de ação para cada ente federado, bem

⁶² ROCHA, op. cit., p. 168.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 479.

como estabelece as matérias em que eles poderão agir de forma conjunta. Por isso o modelo federativo implementado poderá refletir uma ampliação ou restrição do Federalismo dependendo a forma como for estabelecida a repartição de competências na sua Lei Maior.⁶⁵

Segundo Marlene Savóia Grasso, as legislações dos Estados Federais adotam dois⁶⁶ sistemas para a distribuição constitucional de competências: enumeram os poderes da União, deixando os remanescentes para os demais entes federados ou enumeram os poderes dos Estados-membros e deixam os remanescentes para a União, sendo a segunda modalidade a mais seguida pelos Estados que adotam o federalismo.⁶⁷

A Constituição de 1988 para atender as peculiaridades de seu sistema federativo que contempla a inclusão do Município como ente federado, conforme o disposto no art. 1º, da Constituição Federal, adota um sistema complexo de repartição de competências⁶⁸ em que elenca exaustivamente a competência da União e prevê a competência remanescente para os Estados-membros, conforme interpretação dos artigos 21, 22 e 25 da Constituição Federal, com a singularidade de também contemplar a competência do Município no que tange aos assuntos de interesse local e demais elencados no art. 30 da Constituição Federal, bem como estabelecer competências exclusivas e privativas dos entes federados e comuns e concorrentes para todos componentes da Federação, em algumas matérias.

Conforme José Afonso da Silva, o critério adotado para a repartição de competências na Constituição Federal foi o da predominância de interesse. Sob este prisma, seria de competência da União as matérias de interesse nacional, dos Estados as regionais e dos Municípios as locais, sendo que o Distrito Federal agregaria as competências definidas para os Estados e Municípios.

⁶⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 81.

⁶⁵ Neste sentido, HORTA, op. cit., p. 400.

⁶⁶ Pinto Ferreira e Raul Machado Horta apontam um terceiro que consistiria em enumerar sucessivamente todas as atribuições de cada ente. FERREIRA, op. cit., p. 290 e HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 364.

⁶⁷ GRASSO, op. cit., p. 64.

⁶⁸ SILVA, op. cit. 479- 482.

Alerta o Autor para a dificuldade de se delinear estas divisões em questões que não afetam a Nação como um todo, mas não são somente de um Estado, citando, como exemplo, a questão do polígono da seca que atinge vários Estados de uma região do país.⁶⁹⁻⁷⁰

As normas que determinam a competência na seara constitucional dividem-se em normas de competência material e legislativa. Estas se subdividem em exclusiva, privativa, comum e concorrente.

A competência legislativa cinge-se à elaboração das leis. Quanto a competência material, seria, por exclusão, toda aquela que não esteja abrangida pela elaboração de leis.⁷¹

Nas palavras de Pinto Ferreira *“A competência exclusiva (...) é a capacidade jurídica de exercer unicamente certas atribuições em um determinado campo. Já a competência concorrente (...) é a capacidade jurídica de exercer determinadas atribuições juntamente com outras entidades, em uma certa atividade.”*⁷²

Esta divisão também recebe a nomenclatura de repartição horizontal e vertical de competências. A repartição será horizontal quando fixar a competência privativa de atuação de cada ente federado e vertical quando delimitar áreas de atuação conjuntas, seja na competência comum ou na concorrente.⁷³

⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 478. No mesmo sentido ver FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16.

⁷⁰ Celso Ribeiro Bastos aponta uma interessante regra que poderia ser adotada em termos de repartição de competências: *“A regra de outro poderia ser a seguinte: nada será exercido por um poder de nível superior desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isso significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser cumpridas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União.”* BASTOS, 1998, p. 285.

⁷¹ Neste sentido ALMEIDA, op. cit., p. 90.

⁷² FERREIRA, op. cit., p. 290.

⁷³ Neste sentido ver HORTA, op. cit., p. 366.

Desta forma, na competência exclusiva são taxadas as matérias em que somente um dos entes poderá atuar sem que seja autorizada a delegação para nenhum outro, como ocorre no art. 21 da Constituição Federal.

Na competência concorrente todos os entes federados poderão legislar e atuar sobre as matérias relacionadas, como por exemplo o art. 24 da Constituição Federal, com a diferença de que nestes casos a União fixará normas de caráter geral e os Estados as suplementarão.

Salienta-se que na competência concorrente os Municípios não poderão valer-se do disposto no §3º do art. 24 da Constituição Federal e editar normas gerais quando não existirem normas federais que disponham sobre as matérias elencadas nos incisos do referido artigo, como estão autorizados os Estados-membros. Mas poderão, com base no critério vetor da competência municipal, o interesse local, e dentro da órbita territorial de seu Município, nos termos do inciso II do art. 30 da Constituição Federal, suplementar as legislações federais e estaduais naqueles pontos que forem de interesse local.

Apesar do art. 24 em seus parágrafos fazerem referência tão somente a atividade suplementar do Estado, este artigo deve ser interpretado de forma sistêmica como o disposto no inciso II do art. 30 que determina que compete aos municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.⁷⁴

A definição do que sejam normas gerais suscita inúmeros posicionamentos doutrinários, mas Diogo Figueiredo Moreira Neto, citado por Joaquim Castro Aguiar, elenca algumas características do que sejam normas gerais:

“a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; b) não podem entrar em pormenores ou detalhes, nem, muito menos, esgotar o assunto legislado; c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; d) devem

⁷⁴ Neste sentido Rocha, op. cit. p. 246.

ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; e) só cabem quando preenchem lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas em conflitos; f) devem referir-se a questões fundamentais; g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados; h) não são normas de aplicação direta.”⁷⁵

Note-se que a redação do § 1º do art. 24 ao dispor sobre a legislação concorrente refere: “§ 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.” (grifo no original).

Ao dispor que a União deve ficar limitada tão somente à edição de normas gerais, procura a Constituição garantir que os Estados e Municípios atuem em relação às especificidades destas normas para garantir sua melhor aplicabilidade, através da adequação à realidade estadual e local.

Lucia Valle Figueiredo salienta que “As normas gerais serão constitucionais se e na medida que não invadam a autonomia dos entes federativos, com particularizações indevidas.”⁷⁶

No mesmo sentido posiciona-se Joaquim Castro Aguiar: “Posto a União tenha competência para editar normas gerais, no âmbito da legislação concorrente (art. 24), serão inconstitucionais os comandos normativos federais, quando, ditados a Municípios, neste campo concorrente, não constituírem normas gerais, ou quando violentarem o princípio constitucional da autonomia que lhes foi expressamente assegurada, Diga-se o mesmo quanto à legislação estadual concorrente.”⁷⁷

Raul Machado Horta menciona ser da essência das normas gerais a possibilidade de complementação por parte dos Estados e destaca a importância

⁷⁵ Diogo Figueiredo Moreira Neto *apud* AGUIAR, op. cit., p. 15.

⁷⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Competências Administrativas dos Estados e Municípios*. IN Revista de Direito Administrativo, nº 207, jan/mar 1997. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 2.

deste complemento como forma adaptá-la às especificidades locais. Nas palavras do Autor: *“É da natureza da legislação de normas gerais a não exaustividade de seus preceitos, de forma a permitir o seu preenchimento na via da legislação complementar estadual. A ampliação do campo da legislação comum é particularmente adequada ao federalismo de dimensão continental, como o brasileiro, no qual as unidades federadas não se apresentam homogêneas e, ao contrário, exibem flagrantes disparidades de estrutura econômica, social, financeira e administrativa.”*⁷⁸

Mas, como será demonstrado no Capítulo 2, está cada vez mais presente a ingerência da União no trato de assuntos municipais. Ao editar certas leis federais, verifica-se por parte da União uma clara tentativa de determinar a forma estrutural administrativa e principalmente política dos Municípios. Estas leis descem em níveis muito mais minuciosos e específicos dos que deveriam conter uma legislação que por mandamento constitucional deve ser genérica quando no trato de competência concorrente, deixando aos Municípios a adequação as suas especificidades locais.

Na competência privativa existe a previsão constitucional de qual dos entes federados está autorizado para dispor sobre determinada matéria, mas há possibilidade de delegação desta matéria para os outros entes, como ocorre por exemplo no rol de assuntos elencados no art. 22 da Constituição Federal.

Infelizmente, consagrando uma longa história de federalismo formal e praxis centralizadora, o rol de matérias e assuntos elencados como sendo de competência privativa da União deixa pouca margem para a incidência da competência comum e concorrente. Celso Ribeiro Bastos entende que *“(...) são tão amplas as competências atribuídas a títulos diversos à União, que a participação do Estado se torna evanescente.”*⁷⁹

⁷⁷ AGUIAR, op. cit., p. 33.

⁷⁸ HORTA, op. cit., p. 356.

⁷⁹ BASTOS, 1998, p. 295.

Na competência comum, todos os entes federados poderão dispor sobre as matérias especificadas de forma simultânea, como ocorre em relação aos assuntos enumerados no art. 23 da Constituição Federal. Para Fernanda Dias Menezes de Almeida *“O que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados (...) Convocam-se, portanto, todos entes políticos para uma ação conjunta permanente. São eles, por assim dizer, chamados à responsabilidade diante de obrigações que cabe a todos.”*⁸⁰

Desta forma, percebe-se que o texto constitucional prima pelo princípio federativo na repartição de competências ao fixar esferas de atuação para cada ente federado, seja de forma exclusiva ou privativa, bem como tutela a autonomia de cada um na competência concorrente ao resguardar as especificidades das normas para os entes federados que podem complementá-las de forma mais adequada, Estados-membros e Municípios, atendendo as especificidades advindas da diversidade sócio-econômica e cultural do país.

Porém vislumbram-se alguns resquícios centralizadores na repartição de competências, seja pela ampla gama de assuntos reservados para a competência privativa da União, seja pela divisão tributária promovida pela Constituição. Como ressalta Marlene Savóia Grasso *“(...) na outorga, ou concessão de um poder, compreende-se a dos meios e poderes para torná-lo efetivo, salvo restrições explícitas ou implícitas no próprio texto constitucional.”*⁸¹

Para além da atuação de cada ente federado dentro de sua esfera de competência definida constitucionalmente, devem existir condições políticas, estruturais e principalmente financeiras para que sejam implementadas estas atribuições.

Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho,

⁸⁰ ALMEIDA, op. cit., p. 139-140.

*“a Administração e execução das competências legislativas devem ser examinadas, ao lado de outros temas como o sistema de partidos políticos, a repartição de poderes da taxaço, onde o federalismo financeiro condiciona o exercício de outras competências (...) a autonomia financeira corresponde à garantia efetiva da autonomia política dos estados-membros, integrantes da federação. A repartição dos recursos financeiros e a sua utilização, nos dias de hoje, constitui preliminar para apreciação da autonomia e interdependência política”.*⁸²

Com Estados e Municípios, além do Distrito Federal, dependentes do repasse de verbas da União, quebra-se um dos pilares do federalismo que é autonomia financeira. Este viés da dependência econômica dos entes federados é extremamente explorado pela União como forma de controlar e manipular os demais componentes da Federação, como se verá mais adiante quando forem trabalhadas as sanções de cunho administrativo impostas pela União aos municípios.

1.3 O PAPEL DO MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO

O Município sempre possuiu papel relevante na história brasileira. Devido às grandes dimensões territoriais do país na época da colonização criaram-se núcleos humanos com certa autonomia administrativa. Mas, ao transpor esta autonomia história para o plano legislativo constitucional, o que verificou-se foi uma tentativa de chancela do Poder Central sobre os Municípios.

⁸¹ GRASSO, op. cit., p. 65.

⁸² BARACHO, 1995, p. 52.

Raymundo Faoro ao discorrer sobre o tema constatava que: *“A Carta de 1824, abriu um capítulo dedicado a organização municipal (...) Em lugar de uma célula viva, diretamente nascida da sociedade, associação superior à lei, ‘consequência normal da vizinhança, de contato da mútua dependência dos gozos e perigos comuns do complexo de suas numerosas relações sociais’, como pretendia o comentarista maior da constituição, saiu um município tutelado (...).”*⁸³

Seguindo esta tradição histórica, todas as constituições brasileiras⁸⁴ viveram esta dicotomia de consagrar a autonomia do município em termos administrativos e até políticos, mas tentar tutelá-lo através de mecanismos de centralização até o advento da Constituição de 1988 que consagrou o Município como um dos entes que compõem a Federação Brasileira.

Raul Machado Horta⁸⁵ ao elaborar uma análise sobre a inserção do Município nas Constituições brasileiras aponta a presença, já na Constituição de 1891, da possibilidade dos Municípios organizarem-se a respeito de seu “peculiar interesse”.

Na Constituição de 1934 há ampliação desta autonomia sendo consagrada também a autonomia política, financeira e tributária do Município. A Constituição de 1937, apesar de formalmente consagrar o sistema federativo, na prática produziu uma centralização extremada que também atingiu aos Municípios.

Na Constituição de 1946 retoma-se a autonomia municipal com a fixação de competência tributária e captação de renda, bem como trouxe para a proteção da esfera constitucional os casos em que o Estado poderia intervir no Município. O

⁸³ FAORO, op. cit., p. 305.

⁸⁴ Ayrton Pinassi ao analisar as Constituições brasileiras, verifica que apesar de apenas em 1891 estar contemplada a autonomia municipal em nível constitucional, na Constituição de 1824, mesmo sem referir-se à autonomia municipal, nos arts. 167, 168 e 169 há previsão de regime municipal, criando-se Câmaras com competência para legislar sobre economia e formar posturas municipais, aplicar rendas e todas as suas atribuições e particularidades seriam determinadas por suas próprias leis regulamentares. PINASI, Ayrton. *Direito Municipalista Constitucional*. São Paulo: Conan, 1995, p. 13.

⁸⁵ HORTA, op. cit., p. 621-632

período após 1964, com a Constituição de 1967, é marcado por uma limitação ao conteúdo da autonomia municipal e dos Estados.

Como constata-se na análise dos textos constitucionais, esta forma tripartite⁸⁶ de Federação sempre esteve esboçada em nossas Constituições. Fernanda Dias Menezes de Almeida constata que *“O fato, porém, é que, no Brasil, salvo restrições episódicas, a autonomia político-administrativa dos Municípios obteve reconhecimento constitucional desde 1891, autorizando a afirmação de que a nossa Federação, desde o berço, desenvolveu-se em três planos, nela se identificando não a tradicional divisão entre ordem central e ordens estaduais, mas uma triplice estrutura que compreende a ordem central, a ordem estadual e a ordem municipal”*.⁸⁷

Mas em virtude das teorias clássicas a respeito do federalismo que consagram uma repartição bipartite da Federação, envolvendo tão somente Estados e União, criticou-se muito a adoção pela Constituição de 1988 do Município como um dos entes federados.

Dentro os principais críticos da inclusão do Município da Federação encontra-se José Afonso da Silva. Para o autor *“Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação.”*⁸⁸

Alguns autores chegam a denominar esta inclusão de anomalia pela ausência de representação dos municípios no Congresso. Nas palavras de Lucia Valle Figueiredo:

⁸⁶ Em realidade há uma divisão quadripartite tendo em vista que o Distrito Federal também integra a Federação, com autonomia conferida pela Constituição e competência por ela delimitada, nos termos dos arts. 1º e 18 da CF.

⁸⁷ ALMEIDA, op. cit., p. 121.

⁸⁸ SILVA, op. cit., p. 474-475. No mesmo sentido, ver CARAZZA, op. cit., p. 105-106.

“E a anomalia reside no fato de o Município não ter no Poder Central representatividade, vez que o sistema bicameral, a Câmara dos Deputados formada por representantes do povo, eleitos proporcionalmente em cada Estado, e o Senado Federal por representantes dos Estados e do Distrito Federal.

O Município não se faz pois representar. Pois bem, ainda que se possa dizer integrar o Município anomalmente o conceito de federação, em termos jurídico-positivos é o Município ente da federação.”⁸⁹

José Nilo de Castro perfilha outros argumentos que entende indicar que o Município não é ente federativo:

“A Federação, dessarte, não é de Municípios e sim de Estados, cuja caracterização ser perfaz com o exercitamento de suas leis fundamentais, a saber a da autonomia e da participação. Não se vê, então, participação dos Municípios na formação da Federação. Os Municípios não têm representação no Senado Federal, como possuem os Estados federados, não podem propor emendas à Constituição Federal (art. 60 CR), como o podem os Estados, nem possuem Poder Judiciário, Tribunais de Contas (salvo São Paulo e Rio) e suas leis ou atos normativos não se sujeitam ao controle concentrado do STF. Ainda o parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão equivalente só pode ser rejeitado por 2/3 dos Vereadores. Esse quorum qualificado não é exigido, na Carta Magna, para os entes federativos (União e Estados).”⁹⁰

⁸⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Competências Administrativas dos Estados e Municípios*. IN *Revista de Direito Administrativo*, nº 207, jan/mar 1997. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 2. Verifica-se que a Autora, apesar de considerar como uma anomalia, admite que o Município integra a Federação.

⁹⁰ CASTRO, José Nilo. *Direito Municipal Positivo*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 45-46.

Dentro os defensores da inclusão do Município como ente federado, destacam-se Hely Lopes Meirelles, Celso Ribeiro Bastos e Paulo Bonavides.

Hely Lopes Meirelles sempre defendeu a posição do Município como ente integrante da Federação. Para o Autor:

"(...) a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação como entidade de terceiro grau (arts. 1º e 18) (...) por não se justificar a sua exclusão já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira.

*(...) Já não corresponde à realidade brasileira a afirmativa de Castro Nunes, feita em 1920, de que 'o Município não é peça essencial da Federação.' Não o era na Federação instituída pela Constituição de 1891, plasmada na sua congênere norte-americana, que desconhecia e desconhece até hoje o Município como entidade estatal. Mas é peça essencialíssima da nossa atual Federação, que desde a Constituição de 1946 erigiu o Município brasileiro em entidade estatal de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo. A Federação brasileira não dispensa nem prescinde do Município na sua organização constitucional."*⁹¹

Para Celso Ribeiro Bastos os argumentos contrários à inclusão dos Municípios como entes integrantes da Federação têm conotações apenas formais que devem ceder face ao perfil delineado pela Constituição para a Federação Brasileira que incluiu o Município dentre os entes que a compõe. Nas palavras do Autor:

"Embora isso desatenda àqueles estudiosos que preferiam a adoção de um modelo mais clássico de federação, onde se desconhece a ordem municipal no próprio nível

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9 ed. São Paulo: RT, 1989, p. 42-44.

da Constituição, não se pode negar que nesse particular andou bem o constituinte ao incluir o município como integrante da Federação. O argumento principal é que, sendo a autonomia municipal um dos centros de polarização de competência constitucional a ser exercida de forma autônoma, não se vê por que não hão de, os municípios, figurar naquele próprio artigo que fornece o perfil jurídico-político da República Federativa do Brasil. O fato de os municípios não se fazerem representar na União e, portanto, não comporem de certa forma o suposto pacto federativo, nos parece ser um argumento de ordem excessivamente formal, que deve ceder diante da realidade mais substancial como aquelas que acima expomos."⁹²

Segundo Paulo Bonavides, o reconhecimento constitucional do Município como ente federativo encontra sua base no *pouvoir municipal* (poder municipal), objeto de debates desde os fins do séc. XVIII na França, sendo posteriormente desenvolvidos estudos sobre o tema na Alemanha e na Bélgica⁹³.

Ao reportar-se as origens históricas do poder municipal, o constitucionalista ressalta a importância da valorização da autonomia municipal e de sua inserção como integrante na Federação. Nas palavras do Autor:

"Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia."⁹⁴

⁹² BASTOS, 1998, p. 294.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 314 a 320.

⁹⁴ BONAVIDES, 2000, p. 314.

Mas, independentemente da celeuma doutrinária sobre o tema, a Constituição de 1988 alçou o Município à categoria de ente Federado, conferindo-lhe autonomia político-administrativa e definindo-lhe competências privativas, exclusivas, comuns e concorrentes, nos termos dos arts. 1º, 18, 23, 29 e 30 da Constituição Federal, e é sob esta ótica que devem ser interpretados os dispositivos constitucionais que versam sobre a matéria e as normas infra-constitucionais que abordam os temas ali disciplinados. É a luz do princípio federativo, com o respeito a autonomia dos entes federados, essência deste sistema, que devem ser aclaradas as divergências legislativas existentes.

Na lição de Paulo Bonavides:

“Com efeito, as mudanças havidas (...) alargaram o raio de autonomia municipal no quadro da organização política do País, dando-lhe um alcance e profundidade que o faz indissociável da essência do próprio sistema federativo, cujo exame, análise e interpretação já se não pode levar a cabo com indiferença à consideração da natureza e, sobretudo, da dimensão trilateral do novo modelo de federação introduzido no País por obra da Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988.

Poder-se-ia até dizer que a autonomia do município recebeu um reforço de juridicidade acima de tudo quanto se conhece em outros sistemas federativos tocante à mesma matéria, não podendo pois tal densidade normativa deixar de pesar bastante, toda vez que em busca de solução para problemas concretos de inconstitucionalidade, se aplicarem os recursos hermenêuticos indispensáveis à avaliação daquela garantia, consoante o modelo e a substância das regras que fluem da Constituição.”⁹⁵

⁹⁵ BONAVIDES, ibidem, p. 311.

Além disso, o modelo bipartite do Federalismo clássico está passando por mutações que o adaptam as especificidades de cada país, conforme constata Carmem Lúcia Antunes Rocha

“Hoje não se tem apenas um modelo de Estado unitário ou de Federação. Há Federações a prevalecerem nos diversos sistemas constitucionais vigentes, cada qual com as suas peculiaridades, cada uma buscando ajeitar sua organização às singularidades de sua história e de suas necessidades (...) Todavia, a diversidade de paradigmas constitucionais que predominam distancia os diferentes sistemas por eles positivados em suas instituições e forma de realização do princípio federativo, que, a final, é o que prevalece, à unanimidade, nesses Estados.”⁹⁶

Também José Alfredo de Oliveira Baracho sinaliza quanto a esta diversidade de espécies de federação. Para o autor, *“Nas democracias, o desenvolvimento do federalismo é tributário das tradições constitucionais e políticas específicas de cada federação.”*⁹⁷ Na mesma linha de raciocínio, expõe Celso Ribeiro Bastos: *“Salta à vista, no entanto, que, apesar de apresentarem essas características comuns que as tornam iguais do ponto de vista formal, e não obstante se inspirarem todos no mesmo modelo – o americano –, as federações atualmente existentes têm, todas elas, personalidade própria.”*⁹⁸

Do exposto verifica-se que a Federação brasileira incorpora o Município dentre os entes que a compõe e sendo ente integrante da Federação e possuindo autonomia decorrente do princípio federativo, conforme determina o art. 1º, 18, 29 e 30 da Constituição Federal, o Município tem o poder de exercer as atribuições a ele conferidas pela Constituição.

⁹⁶ ROCHA, p. 170-171.

⁹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo, nº 202, out/dez 1995. Rio de Janeiro: Renovar, p. 50.

⁹⁸ BASTOS, 1998, p. 284.

Desta forma, o Município, nas matérias elencadas no art. 30 da Constituição Federal, possui competência privativa de atuação no rol de assuntos insculpidos nos incisos III ao IX, competência supletiva em relação ao inciso II do mesmo artigo e competência exclusiva em relação aos assuntos de interesse local, inciso I. Além daquelas competências dispostas no art. 23 que são comuns a todos os entes federados⁹⁹.

A competência estabelecida pelo art. 30 é enumerada, sendo que há a competência implícita dos Municípios naquelas situações que envolvam o interesse local.¹⁰⁰ Segundo Jair Eduardo Santana *"Pode-se dizer, à vista disso, que as competências reservadas aos Municípios o foram, em parte enumeradas. De outra parte, ficam permanecendo as competências que implicitamente continuam decorrendo da regra genérica extraível do conceito de interesse local. De modo que, este conceito permanece desfrutando da condição de vetor indicativo das demais competências."*¹⁰¹

Salienta-se que a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, inciso I do art. 30 da Constituição Federal, é considerada expressa e exclusiva, isto é, não é passível de delegação ou exercício por outro ente federado.¹⁰²

Sobre o que pode ser abrangido pelo conceito de interesse local há um grande debate doutrinário, esboçando-se como uma das questões mais tormentosas em termos de repartição de competências.

Há autores que posicionam-se no sentido de que a expressão *interesse local* equivale ao *peculiar interesse*, expressão consagrada nas Constituições

⁹⁹ A competência comum é vista pelo prisma administrativo de atuação dos entes federados e não pelo legislativo. Sobre o tema ver ALMEIDA, op. cit., p. 90.

¹⁰⁰ Neste sentido ver: ALMEIDA, op. cit., p. 122. TEMER, op. cit., p. 106.

¹⁰¹ SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 87.

¹⁰² Neste sentido, AGUIAR, op. cit., p. 15.

anteriores ao abordar a competência municipal. Outros entendem que ao substituir o *peculiar interesse* pelo *interesse local*, a Constituição estaria promovendo uma ampliação de competência dos Municípios que não mais necessitariam demonstrar seu interesse peculiar na matéria para serem competentes e há ainda autores que, em sentido oposto, entendem que a troca de expressões promoveu uma redução na competência dos municípios.

Fernanda Dias Menezes de Almeida ao examinar as divergências doutrinárias sobre o tema entende que:

“Muito embora a renúncia a essa tradicional expressão [peculiar interesse] autorize a supor que se tenha desejado alterar o critério definidor do ‘interesse’ que delimita as competências municipais, parece-nos válido sustentar, na espécie, que a mudança da letra não equivale a uma mudança do espírito da Constituição.

Como ocorre relativamente a outras inovações de nomenclatura, talvez aqui o constituinte apenas não tenha resistido ao impulso de deixar sua marca, preferindo vestir com outras palavras idéia anteriormente traduzida sob formulação diversa.”¹⁰³

No mesmo sentido, Michel Temer entende pela equivalência da expressão *peculiar interesse* e *interesse local*: *“Doutrina e jurisprudência, ao tempo da Constituição anterior, se pacificaram no dizerem que é de peculiar interesse aquele em que predomina o do Município no confronto com os interesses do Estado e da União. Peculiar interesse significa interesse predominante. Interesse local é expressão idêntica a peculiar interesse.”¹⁰⁴* O Autor também menciona que somente a análise casuística é que poderá determinar a incidência ou não da competência do Município quanto a incidência do interesse local.

Ao contrário deste entendimento, Roque Antonio Carazza entende que houve uma ampliação quanto ao âmbito de atuação da competência municipal ao ser substituída a expressão *peculiar interesse* do Município por *interesse local*

¹⁰³ ALMEIDA, op. cit., p. 124.

“Observamos que, ao contrário do estatuída a Carta de 67/69 (art. 15 II), a atual não alude ao peculiar interesse do Município, mas, aos assuntos de interesse local. Esta não foi uma mera alteração fraseológica. De fato, agora, basta ser o assunto de interesse local para que o Município dele possa se ocupar, sem nenhuma necessidade de demonstrar que ele é de seu peculiar interesse. Houve, pois, uma ampliação do âmbito competencial dos Municípios, que – tornamos a insistir – é senhor absoluto dos assuntos de interesse local.

É este, pois, o local a adequado para indagarmos: que são assuntos de interesse local?

Mesmo correndo o risco de parecermos tautológicos, damo-nos pressa em responder que são aqueles que o próprio Município, por meio de lei, vier a entender de seu interesse (...) Realmente, absurdo seria se o Município tivesse que auscultar órgãos ou autoridades a ele estranhos, para saber o que são e o que não são assuntos de interesse local.

*Demais disso, esta matéria, por muito fluida, não pode ser rigorosamente prefixada, na medida, até, que os Municípios são diferentes uns dos outros.”*¹⁰⁵

José Nilo Castro entende que a substituição da expressão *peculiar interesse* por *assuntos de interesse local* acarretou uma redução da capacidade legislativa. Nas palavras do autor: *“Não se deve entusiasmar com a capacidade legislativa sobre assuntos de interesse local (art. 30, I). Ela é mais restrita que a antiga fórmula do peculiar interesse. Aqui e alhures, a preeminência da União e do Estado exaure a sua regência respectiva.”*¹⁰⁶

Para Pinto Ferreira o conceito abarca certa imprecisão. Diz sobre o tema *“É verdade que o conceito de interesse local tem uma determinada imprecisão, pois o interesse local se reflete sobre os interesses regionais ou nacionais, visto*

¹⁰⁴ TEMER, op. cit., p. 106.

¹⁰⁵ CARRAZA, op. Cit., p. 109.

¹⁰⁶ CASTRO, José Nilo. *Direito Municipal Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 166.

que o benefício acarretado a uma parte do todo melhora o próprio todo. Os interesses locais são os que dizem respeito às necessidades imediatas do Município, tendo influência sobre as necessidades gerais.” ¹⁰⁷

Para Celso Ribeiro Bastos,

“O conceito-chave utilizado pela Constituição para definir a área de atuação do Município é o interesse local. Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades gerais.” ¹⁰⁸

Celso Ribeiro Bastos ainda se manifesta no sentido de achar lamentável que se tenha abandonado a expressão “peculiar interesse municipal”, pela farta doutrina e jurisprudência que havia sobre ela, e se tenha adotado uma expressão com alto grau de vaguidade que pode acarretar restrições aos municípios tendo em vista que o mero interesse local não excluiria o estadual e nacional sobre o assunto. ¹⁰⁹

Mas, os autores se posicionam pela equiparação das expressões “peculiar interesse” e “interesse local” ou ainda por uma interpretação mais restritiva do que a consagrada anteriormente, esquecem que houve uma alteração fundamental para interpretar este dispositivo: a inclusão do Município como um dos entes que compõem a Federação brasileira.

Nas Constituições anteriores a de 1988, o Município desfrutava de uma situação singular de possuir algumas autonomias, mas não era elevado a categoria

¹⁰⁷ FERREIRA, op. cit., 309.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 311.

¹⁰⁹ BASTOS, op. cit., p. 312.

de ente integrante da Federação. Por esta razão, o conceito do “peculiar interesse”, à luz destas ordens constitucionais, por óbvio possui uma interpretação mais restrita do que a expressão “interesse local” pois este foi forjado em uma Constituição que consagra o Município como integrante do sistema federativo brasileiro.

Desta forma, por força do princípio federativo, todas as disposições que regem os Municípios devem ser interpretadas sob esta nova diretriz: o Município está no mesmo patamar de repartição de competências dos Estados, Distrito Federal e da União.

Usando-se de analogia para melhor analisar a questão, verifica-se que as normas infra-constitucionais anteriores à Constituição de 1988, desde que não contrariando nenhum de seus dispositivos, sofreram o fenômeno conhecido como recepção, isto é, continuam a existir no ordenamento jurídico, mas devem ser interpretadas não mais sob a égide da Constituição existente quando de entrada em vigor, mas sob a da Constituição que as recepcionou, a de 1988. Se este raciocínio é admitido para a legislação infra-constitucional, com mais razão ainda em norma fundada em princípio, o federativo, insculpido na própria Constituição.

Ao referir-se aos princípios, Paulo Bonavides entende que enquanto valores, os princípios são a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.¹¹⁰

Sendo balizas para a interpretação dos demais dispositivos constitucionais (e infra-constitucionais) não podem trazer uma interpretação mais restritiva para um elemento, o Município, que teve sua importância reconhecida e ampliada pela Constituição.

Do exposto, verifica-se que o Município, dentro de sua órbita de competência, não está vinculado hierarquicamente às normas federais ou estaduais, visto que sua autonomia em relação a elas decorre de mandamento constitucional.

¹¹⁰ BONAVIDES, 2001, p. 254.

Em relação a repartição de competências não há uma relação de subordinação, mas de coordenação¹¹¹. Por isso não há submissão das normas locais às federais ou estaduais nas matérias que a Constituição determina serem da esfera de competência do Município.¹¹²

Como destaca Joaquim Castro Aguiar:

“Qualquer ingerência da União ou do Estado, em área de competência constitucionalmente reservada ao Município, como é o caso da organização dos seus próprios serviços, ou seja, dos serviços públicos de interesse local, será ilegítima, inconstitucional. A lei municipal, nesse passo, sobrepõe-se à lei federal ou estadual, inclusive à Constituição do Estado. Somente o poder constituinte federal poderia limitar ou restringir essa autonomia. Se a Constituição da República atribui ao Município um poder, nem o legislador federal ou estadual, nem o constituinte estadual poderão restringir, limitar, ampliar ou modificar esse poder, ressalvados apenas os casos previstos pela mesma Constituição. Assim, em havendo conflito, a lei municipal prevalece sobre a federal ou a estadual, se a matéria regulada for de competência privativa do Município.”¹¹³

Por esta razão, alicerçado em mandamento constitucional se constitui em um dos pilares da formação do Estado Brasileiro, o princípio federativo, devem ser rechaçadas todas as ingerências praticadas pela União nas matérias elencadas dentro da esfera de competência do Município, como será demonstrado no próximo Capítulo.

¹¹¹ AGUIAR, op. cit., p. 22.

¹¹² Neste sentido ALMEIDA, op. cit., p. 128 e BASTOS, 1998, p. 292.

¹¹³ AGUIAR, op. cit., p. 20.

CAPÍTULO 2 A INGERÊNCIA ILEGÍTIMA: O FEDERALISMO FORA DE LUGAR

2.1 A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE NO ESTADO DE DIREITO: O ENFOQUE GARANTISTA DA QUESTÃO

Como abordado no Capítulo anterior, a Constituição de 1988 instituiu o princípio federativo como um dos pilares do Estado Brasileiro, nos termos do art. 1º da Constituição Federal, com a particularidade de incluir o Município como um dos entes que compõem a Federação. Para atender este mandamento constitucional, ao tratar da repartição de competências, estipulou para o Município competências materiais e legislativas, exclusivas, privativas, comuns e concorrentes.

Nesta óptica, a produção de legislação infra-constitucional obrigatoriamente deve atentar para a divisão de matérias esboçada pela Lei Maior sob pena de incorrer em produção de normas inconstitucionais, por ilegalidade e ilegitimidade. Eros Grau ao abordar o tema legalidade e legitimidade alerta para os perigos de um Direito ilegítimo : *“O Direito não-legítimo – ilegítimo – deixa de ser instrumento de organização social e passa a cumprir a função de organizar e justificar o exercício do poder por determinado grupo.”*¹¹⁴

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *“Direito, conceitos e normas jurídicas”*. São Paulo: RT, 1988, p. 37.

Este trabalho, ao referir que a produção de normas infra-constitucionais está eivada de inconstitucionalidades formais e substanciais, utiliza-se da concepção Garantista sobre esta terminologia.

A acepção utilizada na obra “*Derecho y Rázon*”, de Luigi Ferrajoli¹¹⁵, para as palavras “legalidade” e “legitimidade” transpõe as concepções existentes até então sobre o tema e lança novas luzes à hermenêutica constitucional, adequando-a às Constituições Dirigentes que caracterizaram a segunda metade do Século XX, dentre as quais enquadra-se a Constituição Brasileira de 1988.¹¹⁶

Do surgimento do Estado de Direito no final do séc. XVIII, caracterizado pela limitação do poder através de uma Constituição, até as constituições dirigentes que impõem a atuação do Estado para realização dos direitos fundamentais dos cidadãos e utilizam estes direitos também como limitadores da ação governamental, há uma mudança substancial pois desloca-se o eixo da temática constitucional do Estado para a sociedade e o cidadão.

Conforme Luigi Ferrajoli¹¹⁷, utilizando a concepção bobbiana de Estado de Direito, ocorre uma transformação de um Estado limitado formalmente pela lei (governo *per lege*) em um Estado submetido à lei (governo *sub lege*).

O primeiro traduz a idéia de um governo exercido através do comando de regras gerais e abstratas, mas analisadas apenas sob o aspecto formal. No segundo, pode ocorrer uma dupla acepção: o exercício do poder analisado em seu aspecto formal (sentido fraco), isto é, conferido pela lei e exercido de acordo com as formas e procedimentos por ela estabelecidos ou uma sujeição do

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría do garantismo penal*. Madrid: Trotá, 1995.

¹¹⁶ Diferentemente de outras épocas em que as Constituições caracterizavam-se apenas por estruturar e organizar o Estado, as Constituições posteriores a Segunda Guerra Mundial buscam garantir direitos inerentes ao ser humano, caracterizando-se como constituições dirigentes. Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/ Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, nº 15, abr.jun. 1996, p. 11: “A teoria da Constituição dirigente procurou associar o recorte categorial de tipos de normas constitucionais - normas-fim, normas-tarefas, imposições constitucionais - a uma teoria das tarefas do Estado”.

exercício do poder tanto no seu aspecto formal (sentido fraco) quanto substancial, entendido este como a submissão do Estado não somente à forma da lei mas também aos conteúdos determinados na Constituição pelos direitos fundamentais (sentido forte).¹¹⁸

No primeiro caso estariam enquadrados os Estados de Direito, vinculados à legalidade, e no segundo os Estados Democráticos de Direito, vinculados à Constituições que consagram os direitos fundamentais como a essência da Carta Constitucional.

Esta mudança do objeto necessariamente deve promover também uma mudança no enfoque dado a este objeto. Antes, uma Constituição formalista-liberal, hoje uma Constituição dirigente. Esta nova concepção de Constituição exige um novo instrumental de análise para dar conta da mudança de paradigmas que ela promove.

Assim como ocorre com o advento de uma nova constituição em que as leis infra-constitucionais, desde que não contrárias à nova Magna Carta, podem ser recepcionadas mas devem ser interpretadas sob o prisma do novo ordenamento constitucional e não do anterior, uma Constituição que traz os direitos e garantias dos cidadãos, tanto individual como coletivamente considerados, como seu norte deve conduzir a uma mudança dos conceitos até então utilizados para interpretá-la e implementá-la, tais como os de legalidade e legitimidade.

As Constituições do Estado de Direito forjadas sob o advento da idéia de limitação e racionalização da justificativa do uso do poder surgiram como contraponto ao absolutismo monárquico que identificava-se com uma idéia de “legitimidade monárquica”, para tanto, substituíam esta concepção do antigo regime

¹¹⁷ FERRAJOLI, op. cit., p. 855-877.

¹¹⁸ No original: “*Poder sub lege puede por otra parte entenderse en dos sentidos diversos: en el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos; y en el sentido fuerte, estricto o substancial de que cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos.*” FERRAJOLI, op. cit., 856.

por um Estado Legislativo, que não permitia qualquer vinculação com a legitimidade, o conteúdo da norma.¹¹⁹

Este temor repercutiu também na aplicação da legislação, concebendo que ao juiz caberia apenas a análise da letra da lei, sem qualquer valoração de conteúdo, o juiz deveria ser apenas “a boca da lei”.¹²⁰

Segundo José Eduardo Faria, o Estado de Direito surge de três períodos revolucionários: “(...) a Revolução Inglesa de 1688, da qual procede o parlamentarismo; a independência norte-americana, em 1766, que concretiza a formulação legal da separação dos poderes e a estruturação constitucional do regime federativo; e, last but not least, a Revolução Francesa, final de um processo histórico oriundo do naturalismo renascentista e do protestantismo, e uma das grandes responsáveis pela ideologia do liberalismo.”¹²¹

Como observa o Autor, o pensamento dos séculos XVII e XVIII transformam o poder em algo essencial, com a distinção entre força e poder, em que a legalidade do Estado, isto é, estar submetido às leis passa a ser da essência deste Estado.

Superada pelo Estado de Direito a questão da limitação do poder em virtude do princípio da legalidade, deve-se partir para uma justificação da legitimidade do exercício deste poder. O surgimento dos regimes políticos representativos gerou a necessidade de um critério externo aos próprios governantes para validar o exercício de poder destes regimes.¹²²

Neste contexto histórico surge a teoria da racionalidade-formal criada por Max Weber que utiliza a Dominação como justificativa de legitimidade do poder. Segundo Sérgio Cademartori, para Weber há três tipos de dominação pura designadas como legítimas: 1) a dominação tradicional, em que a obediência ao soberano ocorre porque sempre foi assim; 2) a dominação carismática na qual a

¹¹⁹ Neste sentido, GRAU, op. cit., p. 39.

¹²⁰ Expressão cunhada por MONTESQUIEU, op. cit.

¹²¹ FARIA, José Eduardo, *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 33-34.

obediência decorre de um líder de qualidades sobre-humanas; 3) a dominação legal-racional na qual a obediência decorre da conveniência de não ser aplicada uma sanção pela desobediência.¹²³

Os teóricos positivistas ao discorrerem sobre as Constituições liberais-burguesas que marcavam os Estados de Direito também identificaram legalidade e legitimidade.

Era necessário naquele momento histórico, final do século XVIII e século XIX, construir argumentos dotados de racionalidade para justificar a dominação do Estado liberal-burguês pois com o surgimento do primado da razão a sociedade não tolerava mais a mera imposição do Estado pela força ou embasamentos como os do Absolutismo monárquico em que o poder encontrava sua justificativa de exercício em uma origem divina ou ainda nas idéias dos Jusnaturalistas que pregavam um direito natural fundado na moral.¹²⁴

Mas esta ruptura com o Direito Natural, que apesar de ser pautado em justificativas morais procurava resguardar a proteção a alguns direitos humanos¹²⁵, conduziu ao extremo oposto em que o homem é colocado em segundo plano face à ciência. As teorias positivistas afastam-se do humano, tornando absolutamente impessoal uma ciência que surge para ordenar a vida do homem enquanto ser social. Supervaloriza-se a Ciência do Direito em detrimento de sua razão de ser: o homem.

Vera Regina Pereira de Andrade observa que: (...) *embora respondendo à mesma ideologia jusnaturalista de adesão à ordem jurídica vigente, dela difere nas premissas norteadoras, pois se trata, contrariamente à aceitação jusnaturalista*

¹²² FARIA, op. cit., p. 34, 44 e 62.

¹²³ Neste sentido ver CADEMARTORI, op. cit., p. 96 e WEBER, Max. *Textos selecionados/Max Weber*. 3 ed. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

¹²⁴ Ver KANT, Immanuel. *"Crítica da Razão Pura"*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

¹²⁵ Cármen Lúcia Antunes Rocha ao analisar a obra Kantiana constata que para o filósofo "a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro." ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Revista Interesse Público. São Paulo: Notadez, nº 4, outubro/dezembro 1999, p. 27.

'aberta e material' de uma aceitação jusnaturalista encoberta, 'dogmática e formal'."¹²⁶

Destaca-se que os argumentos positivistas que viam a legitimidade como decorrência nata da legalidade continuaram a ser utilizados como elementos justificadores da não implementação dos direitos e garantias insculpidos nas constituições programáticas que alicerçam-se sobre outras bases.

O que se constata é que a razão de ser desta simbiose, legalidade e legitimidade, é buscar em uma concepção formal como a da legalidade o fundamento legitimador de uma prática governamental excludente em termos sociais.

Esta construção de uma noção de Estado de Direito cunhada na legalidade como forma de justificar a dominação dos mais fortes é denunciada por Eros Grau:

"A manipulação da noção de legalidade, além do mais – o que é mais grave – conduz à construção da noção de Estado-de-direito.

E isso de modo tal que, se a noção de legalidade exsurge como noção funcionalista, estruturada sobre fundamento exclusivamente formal e caracterizada por sua neutralidade axiológica, a de Estado-de-direito, por isso mesmo, desponta como uma noção vazia de conteúdo.

Estamos aí, ainda, diante de uma expressão do pensamento liberal, de um pensamento que só pretende limitar a ação estatal, deixando que a sociedade siga seus próprios rumos, naturalmente, ao sabor dos mais fortes, dotados de poder de dominação, porém sob os 'limites' do 'Estado-de-direito'."¹²⁷

A expressão máxima deste pensamento que procura produzir uma neutralidade asséptica do Direito isentando-o de qualquer viés axiológico é encontrada na obra de Hans Kelsen.

¹²⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 72.

Ao cindir o mundo do ser e o do dever-ser, o Autor constrói uma fundamentação para o sistema jurídico calcada na legalidade, no qual a legitimidade é entendida como norma não invalidada pela própria ordem jurídica, sem questionar ou exigir tanto para um quanto para outro conceito qualquer relação com o conteúdo desta norma. Nas palavras do autor:

“A justiça, no sentido da legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação (...) A afirmação de que o comportamento de um indivíduo é ‘justo’ ou ‘injusto’, no sentido de ‘legal’ ou ‘ilegal’, significa que sua conduta corresponde ou não a uma norma jurídica, pressuposta como válida pelo sujeito que julga por pertencer essa norma a uma ordem jurídica positiva. (...) Apenas no sentido da legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma ciência do direito.”¹²⁸
(...)

“A validade das normas jurídicas pode ser limitada no tempo, e é importante notar que o fim, assim como o começo da validade, é determinado apenas pela ordem à qual elas pertencem. Elas permanecem válidas na medida em que não tenham sido invalidadas da maneira que a própria ordem jurídica determina. Este é o princípio da legitimidade.”¹²⁹

Destaca-se que Kelsen ao discorrer sobre o tema concebe uma norma fundamental hipotética como fundamento de validade da Constituição e esta como fundamento de validade de todo ordenamento jurídico infra-constitucional¹³⁰. Com base em um confronto entre esta legislação e à Lei Maior, aquela será ou não considera válida.

Mas, o Autor, ao utilizar a Constituição como fundamento de validade do ordenamento jurídico infra-constitucional retirava desta análise o conteúdo valorativo da norma atendo-se apenas a uma verificação formal da norma,

¹²⁷ GRAU, op. cit., p. 44.

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 21.

¹²⁹ KELSEN, 1992, p.121.

¹³⁰ Neste sentido ver Kelsen, 1992 e 1994.

ponderando, conforme anteriormente citado, que somente sob a perspectiva da legalidade é que uma norma poderia ser considerada justa.

Ocorre que a maioria das Constituições no período pós 2ª Guerra Mundial deram um passo além da mera previsão estrutural do Estado e incorporaram aos seus textos, como enfoque prioritário, a questão dos direitos e garantias dos cidadãos, traduzidos nos direitos fundamentais.¹³¹

Como referido, muda-se o objeto, muda-se o enfoque deste objeto. E como se verifica, caso houvesse uma real “recepção” da teoria kelseniana pelos doutrinadores positivistas atuais, com base no pilar-mor que fundamenta tal teoria, a adequação do ordenamento infra-constitucional à norma fundamental e sendo esta agora dotada de direitos fundamentais e princípios que visam assegurá-los, sob este prisma deveria ser analisada a sua validade, ou seja, uma norma somente seria ‘válida’ se estivesse de acordo com os direitos e garantias insculpidos na Constituição.

Mas para o Estado de Direito Legislativo é essencial a idéia de neutralidade do direito porque ao fundir os conceitos de legalidade e legitimidade, reveste o sistema normativo de uma aparência de justiça e legitimidade, como se o mero fato de uma norma emanar de um governo escolhido pela povo, já que os Estados de Direito em sua maioria incorporam a representatividade democrática, fosse gerar, numa mera relação de causa e efeito, normas que traduzissem o conteúdo axiológico que aquela sociedade deseja e que encontra-se consagrado na Constituição através dos direitos fundamentais. Mas não há saber neutro. Michel Foucault já alertava “(...) *que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber.*”¹³²

¹³¹ Gilmar Antônio Bedin ao analisar os direitos humanos, ressalta seu desenvolvimento histórico deste direitos que surgiram como direitos civis, no século XVIII, ampliaram-se no século XIX como direitos políticos e desenvolveram-se no século XX como direitos econômicos e sociais e posteriormente como direitos de solidariedade ou direitos do homem em âmbito internacional. BEDIN, Gilmar Antônio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. Ijuí: UNIJUI, 1997, p. 103.

¹³² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 51.

Além disso, os direitos fundamentais são fruto da evolução da humanidade, construídos através da maturação do convívio social e de sangrentas revoluções¹³³ e hoje considerados como condição mínima para a vida em sociedade, essenciais para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Por esta razão deixaram a esfera extra-jurídica e passaram a integrar as Constituições transformando o Estado, de Estado de Direito, marcado apenas pelo princípio da legalidade, em um Estado Democrático de Direito, que incorpora os direitos fundamentais das pessoas que o instituem¹³⁴ e esta evolução não pode ser negada ou ignorada.

Paulo Bonavides ao trabalhar sobre o tema direitos fundamentais, discorre sobre a evolução destes direitos. No século XVIII, com a Revolução Francesa, surgiram os direitos considerados de primeira geração: direito da liberdade, da igualdade e da fraternidade, transpostos nas Constituições como direitos civis e políticos. Têm por titular o indivíduo e se caracterizam pela resistência ou oposição perante o Estado.

Os de segunda geração surgem no Século XX e voltam-se para a coletividade, são os direitos sociais, culturais e econômicos e caracterizam-se por exigir prestações materiais do Estado.

Os de terceira geração transpõem a proteção do indivíduo e da coletividade, voltando-se para a fraternidade ou solidariedade. Seriam eles: o direito à paz, ao meio ambiente, o de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Estes direitos imporiam ao Estado três obrigações: 1) o Estado particular deve levar em conta o interesse de outros Estados (ou seus súditos); 2) ajuda recíproca de caráter financeiro ou de outra

¹³³ Destaca-se a Revolução Francesa.

¹³⁴ Conforme CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito de Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 11.

natureza; 3) coordenação sistemática de política econômica. Os direitos de Quarta geração são o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.¹³⁵

Esta democracia considerada como um direito de quarta geração pressupõe além do mero conceito de democracia formal baseada na deliberação por maioria, uma democracia substancial entendida como o acesso do cidadão e da sociedade aos direitos e garantias fundamentais e a imposição ao Estado do dever de respeitá-los e promovê-los.¹³⁶

Para José Afonso da Silva, a expressão:

*“Direitos fundamentais do homem (...) é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.”*¹³⁷

O mesmo autor destaca que

“A expressão direitos fundamentais do homem não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem (...) A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: Estado Democrático de Direito (...) resumem uma concepção do mundo que orienta e

¹³⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 516 a 526.

¹³⁶ Neste sentido, CADEMARTORI, op. cit., p. 161.

¹³⁷ SILVA, op. cit., p. 182.

informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos."¹³⁸

Conforme Gilmar Antônio Bedin, o surgimento dos direitos econômicos e sociais ocorrem por meio ou através do Estado, passando a exigir que este intervenha no mercado para garantir e promover a justiça social¹³⁹, passando da lógica do mercado, da neutralidade liberal da "mão invisível" reguladora das relações sociais, para lógica do Estado Social, garantidor dos direitos fundamentais.

O Estado, sob a ótica das Constituições dirigentes, é instrumento para a realização dos direitos fundamentais e é na esteira desta mudança de paradigmas constitucionais que devem ser analisadas as ações do governo e as normas infra-constitucionais.¹⁴⁰

Para dar conta desta nova dimensão das Constituições surgiram teorias para justificar a legitimidade das normas, afastando-se da mera correlação legalidade/legitimidade e de sua pseudo neutralidade.

Sérgio Cademartori, antes de discorrer sobre os fundamentos da legitimidade sob a ótica garantista, destaca em sua obra algumas das principais teorias que procuram fundamentar a legitimidade. Dentre as citadas pelo Autor destacam-se: a legitimidade pelo consenso; a legitimidade pela eficiência; a legitimidade sistêmica e a legitimidade advinda de uma ação comunicativa.¹⁴¹

Ao analisar cada uma delas, o autor verifica que a legitimidade por consenso da sociedade é de difícil implementação pelo risco que possa produzir

¹³⁸ Idem, p. 182-183.

¹³⁹ BEDIN, op. cit., p. 86-87.

¹⁴⁰ Neste sentido, Eros Grau cita Ihering: "*O Direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função do Direito.*" GRAU, op. cit., p. 52.

¹⁴¹ CADEMARTORI, op. cit., p. 105 a 153. Sobre as teorias sintetizadas pelo Autor citado ver: HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; WEBER, Max. *Textos selecionados/ Max Weber*; traduções de Maurício Tragtenberg ... [et al.]. Os Pensadores. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

um consenso forjado pela maioria mas que viole direitos fundamentais de uma minoria. A legitimidade calcada na eficiência seria aquela em que o governo capitalista conseguiria com êxito atender as necessidades de todos os cidadãos¹⁴². A sistêmica desloca o eixo da legitimidade enquanto qualidade para a legitimação enquanto processo, no qual a legitimidade resultaria de uma obediência ao sistema pela contribuição da sociedade na produção das normas que compõem este sistema¹⁴³. Para a ação comunicativa habermasiana, a legitimidade de uma norma ocorre quando ela é resultado de um acordo inter-subjetivo, fruto de um processo de diálogo, acontecido sob condições ideais.¹⁴⁴

Mas, como verificado anteriormente, a tônica do Estado Democrático de Direito é ser um Estado centrado no cidadão e na sociedade. O Estado passa a ser visto não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento da sociedade para a garantia e implementação dos direitos fundamentais, direitos estes consagrados na Constituição.

E é nesta perspectiva, atendendo a verdadeira dimensão desta transformação constitucional, que a Teoria Garantista, de Luigi Ferrajoli, surge como a que melhor se coaduna com esta nova ordem constitucional em que os direitos fundamentais lhe são imanentes e também como apta a dar uma resposta jurídica à questão da legitimidade, através da reconstrução dos conceitos de validade, vigência e eficácia.

¹⁴² José Eduardo Faria aponta a diferença entre o enfoque dado à legitimidade pelos positivistas e pelo realismo (eficiência): *"Se para o positivismo não é preciso que uma norma jurídica seja justa, mas sim válida, para o realismo não é necessária que ela seja válida: basta ser eficaz."* FARIA, op. cit., p. 105. Sobre o tema ver também GRAU, op. cit., p. 40-50.

¹⁴³ Eros Grau ao analisar a teoria sistêmica de Luhman diz que ela identifica legitimidade com validade fundada na possibilidade de obtenção de decisões satisfatórias e aponta uma crítica de Karl Larenz como irrepreensível quanto a inadequação desta teoria "(...) além de este usar 'legitimidade' em sentido não normativo, mas fático, afirmar que os súditos estão dispostos a aceitar a decisão – e a obedecê-la – não quer dizer ela seja legítima." GRAU, op. cit., p. 50.

¹⁴⁴ No Brasil, Eros Grau encontra o fundamento da legalidade nos padrões de cultura sobre os quais o Direito é elaborado: *"O critério de legitimidade do Direito não é um ou o Direito 'Natural', porém os padrões culturais inventados pelo homem."* GRAU, op. cit., p. 69. José Eduardo Faria ao analisar as várias teorias que procuram um fundamento para legitimidade, conclui que esta é uma questão em aberto: *"A razão, evidentemente, se deve ao fato de o direito e a política trabalharem com argumentos e não com evidências."* E acrescenta que *"Em outras palavras, diante da multiplicidade de modelos, o verdadeiro poder dependerá essencialmente dos argumentos comuns e opiniões favoráveis que conseguiu canalizar e dar a necessária atenção e correspondência."* FARIA, op. cit., p. 123.

Como referido, nas teorias tradicionais há uma estreita ligação entre legalidade e legitimidade, nas quais os conceitos de validade, vigência e eficácia são trabalhados apenas sob a ótica formal, como meros desdobramentos da legalidade. Sob este enfoque, uma norma é vigente a partir do momento que produz efeitos e válida ao estar de acordo com os aspectos formais da norma fundamental, portanto, plenamente de acordo com uma Constituição liberal na qual o Estado está estruturado apenas como um Estado de Direito, jungido à lei.

Já para Teoria Garantista estes conceitos ganham uma nova dimensão, amoldando-os plenamente a uma Constituição que consagra os direitos fundamentais e caracteriza o Estado Democrático de Direito.

Enquanto para a teoria tradicional da lei emanam os conceitos de validade, vigência e eficácia, no Garantismo estes conceitos são extraídos da vinculação normativa de conteúdo a conteúdo o que possibilita um exame de conteúdo da legislação, sem afastar-se da ordem jurídica posta. Neste aspecto, a Teoria Garantista possui um viés positivista, denominado por alguns autores de positivismo crítico pois é plenamente respaldado pela norma Maior de um país, a Constituição em seu aspecto substancial.

É sob o prisma dos direitos fundamentais plasmados na Constituição que a Teoria Garantista reconstrói os conceitos de validade, vigência e eficácia da normas infra-constitucionais, dissociando os conceitos de validade e vigência.

Em definição contida na obra de Sérgio Cademartori, para a Teoria Garantista uma norma é justa quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (extra-jurídico); será vigente quando não contiver vícios formais, for emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; será válida quando não estiver em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior e eficaz

quando de fato for observada pelos destinatários e/ou observada pelos órgãos de aplicação.¹⁴⁵

Ao cindir os conceitos de validade e vigência, pela ótica do Garantismo poderá existir uma norma vigente e eficaz, mas inválida, assim como uma norma poderá ser válida, mas ineficaz. Enquanto não submetidas ao controle de constitucionalidade, todas as normas são vigentes, mas não há como saber se são válidas, mas serão inválidas aquelas assim declaradas pela Corte Constitucional.¹⁴⁶

Com esta nova dimensão sobre a validade, abre-se para o magistrado a possibilidade de analisar o conteúdo da norma, declarando-a inválida nos casos em que estiver ferindo direitos fundamentais plasmados na Constituição. Salienta-se que esta análise da norma tem por fundamento o próprio ordenamento jurídico através de sua Lei Maior, a Constituição, agora vista como carregada de conteúdos axiológicos expressos nos direitos e garantias consagrados expressa ou implicitamente em seu texto.

Quanto à legitimidade, Luigi Ferrajoli a divide em formal e substancial:

“La legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La legitimación substancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos (...) Y por otra parte, la Segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera.”¹⁴⁷

A Legitimidade Substancial, que tem por pressuposto a formal, funda-se na garantia dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição. Por esta razão

¹⁴⁵ CADEMARTORI, op. cit., p. 80.

¹⁴⁶ Idem., p. 80.

¹⁴⁷ (A legitimação formal é que está assegurada pelo princípio da legalidade e da sujeição do juiz à lei. A legitimação substancial é a que recebe a função judicial de sua capacidade de tutela e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.) FERRAJOLI, op. cit., p. 918.

poderá existir um Estado que consagre os direitos fundamentais na sua Carta Magna, mas que careça de legitimidade substancial por não garanti-los.

Com relação à justiça, o critério utilizado para auferi-la não é segundo à ótica de quem detém o poder, mas sim através de uma análise de seu exercício, de como, porque e para quem ele é exercido, numa aferição *ex post facto*.

Por esta razão, não é a sua fonte, Estado, que justifica a norma e sim o conteúdo que ela contém. Para o Autor, “(...) *sus poderes no se conciben como ‘justos’ solo según quien los detente, sino sobre todo según el por qué, el cuándo y el como sean o no a su vez ejercidos. No es, en suma, la fuente o la forma de las normas, sino sus contenidos concretos los que justifican o no justifican políticamente su producción.*”¹⁴⁸

Conforme Sérgio Cademartori “(...) *esta teoria possui uma concepção instrumental do Estado de Direito: este é criado pela sociedade para atender às aspirações da mesma. Ou seja, legitima-se o Estado de Direito na medida em que atenda às aspirações, bens e interesses que justificam a sua existência.*”¹⁴⁹

O Garantismo, procurando preservar as conquistas históricas que resultaram na limitação do poder traduzida no Estado de Direito submetido à lei, avança ao propor um Estado Democrático de Direito que, para além da obediência formal da lei, seja realizador dos direitos fundamentais contidos na Lei Maior e lança um instigante desafio: serem minimizadas as restrições aos direitos de liberdade e maximizados, pelo Estado, os direitos fundamentais.¹⁵⁰

¹⁴⁸ (...seus poderes não se concebem como justos somente segundo quem os detém, mas sobretudo segundo o porque, quando e como sejam ou não exercidos. Não é, em suma, a fonte ou a forma das normas, senão seus conteúdos concretos que justificam politicamente sua produção.) Idem, p. 882.

¹⁴⁹ CADEMARTORI, op. cit., 1999.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 860-864.

Do exposto, verifica-se que é inerente à nova ordem constitucional a proteção e implementação dos direitos fundamentais, sendo também fator de restrição à ação estatal que os afronte. Como afirma Jorge Miranda:

“Não basta, pois, para que haja ou para que sejam garantidos direitos fundamentais que exista Estado. É necessário que o regime ou o sistema político lhe seja adequado; é necessário que a estrutura do poder seja compatível com a sua salvaguarda.

Se o que está em causa é a posição da pessoa perante o poder, torna-se ineliminável a conexão entre o sistema do poder e o dos direitos fundamentais e um e outro fazem parte de uma mesma Constituição, com sua coerência própria. A concentração do poder não se compadece com as liberdades públicas e, no limite, até com as liberdades privadas. Apenas a divisão de poder as assegura ou assegura plenamente; e a divisão do poder requer legitimação não autocrática e mecanismos de controle.”¹⁵¹

A observância do princípio federativo facilita a implementação dos direitos fundamentais ao aproximar o centro decisório do cidadão. Com a proximidade do poder a sociedade tem condições de elencar de que forma implementará estes direitos, bem como poderá fiscalizar a atuação do poder combatendo-o quando atentatório ou limitador destas garantias. Sob esta ótica, direitos fundamentais e sistema federativo se interlaçam como fundamento e instrumento da sociedade em um Estado Democrático de Direito.

Neste passo, um Estado Democrático de Direito que adota o princípio federativo, como brasileiro, somente estaria legalmente adequado à Lei Maior na medida em que respeitar a repartição de competências estipulada na órbita constitucional e legitimado quando suas leis não violarem os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge. *O Homem e o Estado: Direitos do Homem e Democracia*. Revista Interesse Público. São Paulo: Notadez, nº 1, p. 80, janeiro/março 1999.

Mas, infelizmente, o que se verifica é uma ingerência cada vez maior da União nas competências estipuladas para o Município em âmbito constitucional, com a centralização de poderes na União, acarretando violações tanto de ordem legal quanto de legitimidade e com isso trazendo graves repercussões para a população principalmente em áreas protegidas pelos direitos fundamentais, como restará demonstrado no próximo item.

2.2 A FORMAL E SUBSTANCIAL POLÍTICA LEGISLATIVA DE INGERÊNCIA DA UNIÃO NA AUTONOMIA MUNICIPAL

O princípio federativo, como instituído pela Constituição, impõe a observância da repartição de competências estipulada pela Magna Carta para a elaboração das normas infra-constitucionais, sob pena de acarretar uma produção legislativa eivada de inconstitucionalidade formal, pela ilegalidade.

Mas este princípio está sofrendo significativas violações por parte da União em relação aos Municípios, atingindo para além de um aspecto meramente formal, uma inconstitucionalidade substancial por violação de direitos fundamentais consagrados na Constituição, resultando em normas inconstitucionais, ilegítimas e ilegais.

Como demonstrado no Capítulo 1, o Município possui competência delimitada pela Constituição em cumprimento à repartição de competências decorrentes da adoção do sistema federativo, nos termos dos arts. 1º e 18 da Constituição Federal.

Sendo fixada por norma constitucional que tem por cerne um dos princípios diretores da República Brasileira, o federativo, não poderiam normas federais imiscuírem-se na seara de competência reservada, em nível

constitucional, ao Município. Mas, utilizando o argumento teleológico de disciplinar as ações dos entes federados, a União vem promovendo sistemáticas violações deste princípio.

Relegando a um segundo plano o mandamento constitucional que impõe o respeito ao interesse local como determinante da competência do Município, bem como a diretriz que fixa para as normas previstas na legislação concorrente tão somente a possibilidade de fixar as regras gerais, verifica-se, por parte da União, uma expansão e um detalhamento legislativo que impede a normatização por parte dos outros entes que compõem a federação.

Com isto, a União sufoca a possibilidade de existência de uma legislação pluralista e adaptada às especificidades de cada localidade de um país com as dimensões do Brasil, dando contornos centralizadores para um Estado Federal.

A lógica nefasta desta ação centralista tenta impor como elemento justificador para esta ingerência nos Municípios uma idéia de moralização da gestão municipal, quando na realidade a lógica que ela serve é a do mercado. O governo federal, apesar de se auto-intitular social democrata, tem um perfil conservador que segue todos os mandamentos ditados pelo modelo econômico neoliberal como demonstra os termos do último acordo firmado com o Fundo Monetário Internacional - FMI.

Paulo Bonavides ressalta os perigos da globalização política neoliberal:

“A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do status quo de dominação.

Há contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos de periferia.

Globalizar os direitos humanos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim

aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir."¹⁵²

Para Gilmar Antônio Bedin, o neoliberalismo surge com a crise dos anos 70 e consolida-se com as mudanças dos anos 80, caracterizando-se não pela oposição aos direitos do homem por serem abstratos demais, como fez a direita tradicional, mas por exigirem a intervenção do Estado no mercado para garanti-los.

O autor analisa a base teórica do neoliberalismo através das obras de Friedrich August von Hayek, destacando quatro pontos centrais desta teoria: 1) a prevalência de uma concepção racional evolucionista da sociedade, entendida esta como resultado da ação humana, mas não dos desígnios dos homens; 2) a idéia de que as instituições sociais, através do tempo, vão construindo, de forma infra-sistêmica, uma ordem espontânea, de mercado, que deve ser respeitada; 3) diferenciação entre legislação e direito, sendo este considerado norma de conduta justa e aquela de organização, devendo prevalecer o direito (privado) sobre a legislação (direito público); 4) justiça concebida sob o aspecto formal, sendo a justiça social incompatível com a ordem do mercado pois exigiria a intervenção do Estado na economia, com a destruição deste.¹⁵³

Friedrich August von Hayek sustenta a relevância da luta pela plena liberdade de mercado como necessária e até mesmo imprescindível para a liberdade humana, associando a intervenção do Estado na economia ao surgimento dos regimes totalitários fascistas e nazistas.¹⁵⁴

Para o autor *"a manutenção da concorrência tampouco é incompatível com um amplo sistema de serviços sociais – desde que a organização de tais*

¹⁵² BONAVIDES, 2001, p. 524.

¹⁵³ Sobre o tema Neoliberalismo, surgimento e bases teóricas, consultar BEDIN, op. cit., p. 81-102.

¹⁵⁴ HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. 5 ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

serviços não torne ineficaz a concorrência em vastos setores da vida econômica."¹⁵⁵

Por estar calcado em uma concepção de justiça formal e não social, o neoliberalismo busca uma legitimação do Direito pela eficácia econômica e não com fundamento nos princípios e normas estabelecidos na Constituição. Sérgio Cademartori denuncia esta tentativa de legitimação pelo viés econômico:

"(...) se constata hoje um processo de colonização do discurso jurídico por um outro discurso de corte economicista, o qual impõe uma subordinação dos direitos individuais e coletivos à eficácia de planos econômicos, promovida por governos que têm como padrão de legitimação a eficácia do domínio econômico. No nível jurídico, verifica-se que esta legitimação pela eficácia tem como reflexo a coonestação de normas inconstitucionais, dando como válidas as normas que implementam a eficácia dos referidos programas de intervenção econômico-financeira."¹⁵⁶

Este fenômeno infelizmente não é exclusivo do Estado Brasileiro. A globalização tem sido vista apenas sob o prisma econômico, em que a ênfase é dada a uma economia de mercado, relegando-se a um segundo plano as perspectivas que surgem da globalização como difusora dos direitos fundamentais¹⁵⁷, colocando em risco as conquistas sociais construídas desde o Século XVIII.

Carmén Lúcia Antunes Rocha alerta neste sentido:

"As conquistas dos dois últimos séculos foram exatamente pela jurisdicação de matérias que importassem interesses sociais, de tal modo não ficassem eles em desvalia diante da força do mercado, do laissez faire, laissez passer que

¹⁵⁵ HAYEK, idem, p. 59.

¹⁵⁶ CADEMARTORI, op. cit., p. 12.

¹⁵⁷ Neste sentido ver VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

le monde va de lui même, fase do império da não-lei e da desumanização das relações entre homens, alguns, como no dizer de ROUSSEAU, tão ricos que podem o outro comprar, e esse, tão miserável, que pode se vender.”

(...)

O retorno do liberalismo voraz não se bastou na proposta do laissez faire. Desde a década de 80, o que se tem é um tentativa do império do dinheiro de debastar todas as conquistas e voltar ao comércio de coisas e de homens.”¹⁵⁸

Para Gilmar Antônio Bedin, “o neoliberalismo representa seja como proposta teórica seja como experiência concreta, uma grande ameaça aos direitos do homem, em especial aos direitos econômicos e sociais, pois reivindica e conduz a uma concepção de direitos do homem típica do período histórico que chamamos pejorativamente de capitalismo neolítico.”¹⁵⁹

Mas, se nos países desenvolvidos verifica-se uma reação por parte da população a esta tentativa de fazer com que as regras de mercado suplantem as regras jurídicas garantidoras dos direitos fundamentais¹⁶⁰, no Brasil, salvo manifestações como o Fórum Social Mundial ocorrido em Porto Alegre no primeiro semestre de 2001, impera uma passividade da sociedade na defesa de seus direitos, possivelmente fruto dos anos de repressão da ditadura militar conjugados com as justificativas utilizadas pela União quando edita tais leis que mascaram a afronta a estes direitos, arvorando-se como guardiã da moralidade.

¹⁵⁸ ROCHA, 1999, P. 39.

¹⁵⁹ BEDIN, op. cit., p. 107.

¹⁶⁰ Os protestos ocorridos em Gênova, na Itália, no segundo semestre de 2001, quando da reunião dos países sete países mais ricos do mundo, mais a Rússia, o denominado G8, comprovam que a globalização, pelo menos sob a ótica econômica, encontrará resistência por parte das populações dos países mais desenvolvidos.

Por outro lado, a globalização é um fenômeno que parece ser irreversível e que apesar de conter aspectos negativos, notadamente na área econômica, também apresenta inúmeros aspectos positivos, dentre os quais a possibilidade de expansão dos direitos e garantias fundamentais para todos os povos do mundo.

Para saber mais sobre as perspectivas da globalização vide a obra de VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

Enquanto a população não desperta para o exercício pleno de sua cidadania, cabe aos operadores jurídicos restituir a legislação aos contornos previstos na Lei Maior do país.

A Constituição de 1988, desde seu primeiro artigo, consagra-se como a Magna Carta de um “Estado Democrático de Direito” que possui dentre seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana e como alguns de seus objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III, Constituição Federal).

Esta prioridade à sociedade e ao cidadão também fica evidenciada na sua sistematização que traz no Título II os Direitos e Garantias Fundamentais e trata da estrutura de funcionamento do Estado somente no Título III. Esta disposição técnica evidencia a submissão do Estado aos Direitos e Garantias Fundamentais, privilegiando a noção do Estado como um meio e não um fim em si mesmo, instrumento da sociedade e não o inverso.

Mas, apesar desta diretriz estar explícita e implicitamente consagrada em todo o texto constitucional, a legislação federal a viola editando textos impõem a vontade da União, ferem o princípio federativo e atentam contra os direitos fundamentais dos cidadãos. Para demonstrar esta realidade foram escolhidos dentre tantos textos que comprovam a ingerência da União no Município, algumas Leis Federais e uma Medida Provisória.

Num primeiro momento será abordada a Lei Federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, para demonstrar a violação do princípio federativo através da edição de uma legislação com problemas quanto ao aspecto da legalidade ou de legitimidade formal.

Posteriormente a análise recairá sobre a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei das Licitações, que a pretexto de instituir normas gerais sobre a matéria, adentrou em áreas de competência do Município.

Num terceiro momento será abordada a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que também trouxe graves restrições à autonomia do Município, restringindo direitos fundamentais.

Após, será analisada a Medida Provisória nº 1979-19, de 02 de junho de 2000, que agride os dispositivos constitucionais tanto no aspecto formal quanto substancial, indo inclusive de encontro à única previsão expressa de prioridade que a Constituição impõe, a criança, restringindo-lhe o acesso à alimentação.

A razão da análise da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, prende-se ao fato de que o objeto de estudo do presente trabalho é a ingerência da União no Município e por este motivo a referida lei é pertinente ao tema, mas não se desconhece a violação aos direitos previdenciários privados promovidos pela Emenda Constitucional nº 20/1998.¹⁶¹

¹⁶¹ Em um país que a maioria da população trabalha na informalidade e o que é pior em idade muito inferior a que prescreve a lei, vincular aposentadoria tão somente à contribuição previdenciária é locupletar-se do trabalho de milhões de cidadãos sem dar-lhes perspectivas de uma vida digna na velhice (se é que o valor pago à maioria das aposentadorias privadas no país possa receber a designação de digna). A adequação “as razões de mercado” mais uma vez atinge a parte mais frágil da relação, o trabalhador, sem que o governo consiga dar explicações convincentes aos desvios milionários ocorridos no setor. Mesmo que as alterações sejam fruto de emenda constitucional, esta por ser norma derivada não poderia dispor de modo contrário aos princípios contidos na Carta originária, que protege o cidadão em seus mais diferentes aspectos.

Como expõe Eduardo Rocha Dias: “Comumente se alude ao número crescente de aposentados, se comparado com os trabalhadores em atividade, aliado ao aumento da expectativa de vida da população, como fatores que justificam o desequilíbrio na Seguridade Social brasileira. Tal argumento somente em parte é procedente (...) mostra-se oportuno questionar se o elevado nível de trabalho informal na economia brasileira (...) engrossado por políticas governamentais que levam ao aumento do desemprego, não repercutem na diminuição da massa salarial e conseqüente redução das contribuições incidentes sobre a folha de salários.”

(...)No tocante ao déficit do Regime Geral de Previdência Social, causa espécie a circunstância de todas as manifestações oficiais do Governo levarem em conta apenas as contribuições arrecadadas pelo próprio INSS, desconsiderando as contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro, arrecadadas pela Receita Federal (...) No ano de 1998, com efeito, o déficit do Regime Geral de Previdência Social (diferença entre o valor dos benefícios previdenciários pagos e arrecadação apenas do INSS) alcançou R\$ 7,4 bilhões. A arrecadação da Receita Federal, no mesmo ano, referente às contribuições sobre faturamento (COFINS) e lucro alcançou R\$ 26, 4 milhões.” DIAS, Eduardo Rocha. As novas regras das aposentadorias e das pensões no direito previdenciário brasileiro. Revista Interesse Público, Sapucaia do Sul: Notadez, v. 9, janeiro/março, 2001, p. 63-64.

A Constituição de 1988 possibilitou que os Municípios implantassem regimes próprios de previdência. Os Municípios começaram a aderir ao sistema próprio de previdência em 1990, totalizando no ano de 1997 em torno de 1.380 Municípios que aderiram a esta modalidade no país¹⁶².

Ocorre que em todo este período não havia uma normatização sobre as regras mínimas que deveriam ser observadas pelos Municípios o que gerou algumas distorções na implementação dos sistemas, principalmente quanto a questão financeira de sustentabilidade do regime próprio de previdência.

No Rio Grande do Sul, uma pesquisa realizada no ano de 1997 constatou que 89% dos municípios gaúchos buscaram alguma alternativa ao sistema previdenciário do INSS, adotando basicamente três modelos: fundo municipal, instituto municipal e previdência municipal sem contribuição.¹⁶³

Mas, como anteriormente salientado, a esmagadora maioria destes municípios não se preocupou com a questão financeira do Sistema, adotando um percentual de contribuição inferior ao que recolhia quando integrava o regime previdenciário do INSS, em torno de 5%, somadas as alíquotas dos servidores e do Município, com um alto índice de inadimplência no recolhimento dos valores por parte do Município, em torno de 77%, agregado ao fato de 82% não realizarem cálculo atuarial, destinado a verificar a sustentabilidade do sistema.¹⁶⁴ A soma de todos estes fatores resultou em um sistema previdenciário municipal fragilizado.

Baseado nestes dados, que apesar de serem referentes aos Municípios do Rio Grande do Sul traduziam uma realidade vivida em todo o país, surgiu a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998 que tinha, aparentemente sob o ponto de vista teleológico, a finalidade de corrigir as distorções detectadas nos regimes próprios

¹⁶² Segundo Dalcin, Arthur Leão, et al *Previdência Municipal: Guia dos Fundos e Institutos*. Porto Alegre: Instituto de Estudos Municipais e Delegações de Prefeituras Municipais – Casa dos Municípios. 1999, p. 69.

¹⁶³ Idem, p. 77 e ss.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 77 e ss.

de previdência, bem como normatizar o disposto no art. 40 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Pela redação, a Lei deveria apenas traçar as normas gerais no tocante à previdência própria de todos os entes federados, nos termos do art. 24, inciso XII, da Constituição Federal, respeitando o disposto no § 2º do mesmo artigo que prevê expressamente que “A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”, bem como o disposto inciso II do artigo 30 que estabelece a competência do Município para “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”.

Com estes dispositivos estaria resguardado um mínimo padrão na lei federal servindo de diretriz para que os outros entes federados, no caso Estados, por força do § 2º do art. 24 da Constituição Federal, e Municípios, pelos incisos I e II do art. 30, complementassem estas normas de acordo com às suas especificidades, sociais, econômicas e culturais.

A Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, em sua Ementa, traz a seguinte disposição:

“Dispõe sobre regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.” (grifo acrescentado)

Como se verifica, pelo menos na ementa, a lei segue o que preceitua a Constituição. Infelizmente, apenas na ementa.

Como abordado no Capítulo 1 deste trabalho, o dispositivo contido no § 2º do art. 24 e inciso II do art. 30, ambos da Constituição Federal, vedam que União ao editar norma federal geral imponha aos demais entes federados detalhes que

seriam de sua competência complementar, não deixando a mínima margem de atuação para os outros entes que compõem a Federação.

A razão da existência da previsão da possibilidade da União legislar dispondo sobre normas gerais é dar um tratamento unitário mínimo para assuntos que envolvam todos os entes federados.

A coexistência de diversas ordens jurídicas incidindo sobre um mesmo território, característica do sistema federativo, impõe que nas matérias que envolvam todos os entes federados haja um norte comum para evitar tratamentos díspares sobre o mesmo assunto, mas, de outra banda, é totalmente contrário aos fundamentos do sistema federativo que tem por essência a divisão territorial do poder, que um dos entes federados possa legislar em um nível de detalhamento e restrições que impeça a atuação dos demais pois neste caso o sistema não seria mais Federativo e sim Unitário.

A Lei nº 9.717/98 traz no art. 1º, a seguinte redação:

“Art. 1º - Os regimes próprios da previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:” (Grifos acrescentados)

Como se verifica, o objetivo da Lei esboçado em seu artigo 1º é garantir um equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência, para todos os entes federados. A razão deste dispositivo era estabelecer parâmetros mínimos de atuação do município na área para evitar as distorções anteriormente apontadas.

Mas independentemente destes desvios, deve-se levar em conta que não é pela restrição de um direito que será alcançado um dever. Os munícipes devem aprender pela prática do acompanhamento das contas públicas a cobrar dos que por eles foram eleitos o bom trato do dinheiro público, pois com a desculpa de melhor gerenciar estes valores o que a União pretende é determinar em todas as esferas como ele deve ser gasto.

A Lei nº 9.717/98 ao elencar os requisitos que os entes federados deveriam observar para instituir regime previdenciário próprio foi além do preconizado na ementa, impondo restrições que caracterizam clara ingerência na autonomia municipal afrontando o disposto art. 30, incisos I e II da Constituição Federal.

Os incisos IV e V do art. 1º da Lei nº 9.717/98 determinam que dentre as exigências para que um Município possa ter regime próprio previdenciário estão um número mínimo de segurados, abrangidos apenas os titulares de cargos efetivos, e a expressa vedação para a formação de consórcios entre os Municípios, como se verifica na redação da Lei:

"Art. 1º....

(...)

IV – cobertura de um número mínimo de segurados, de modo que os regimes possam garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro, conforme parâmetros legais;

V – cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;" (grifos acrescentados)

A determinação de que os regimes previdenciários próprios somente possam dar cobertura aos titulares de cargos efetivos, faz com que os detentores de cargos comissionados, de forma cogente passassem a integrar o regime geral de previdência social.

Esta coercibilidade afronta a autonomia dos municípios, principalmente porque a interpretação que foi dada ao dispositivo incluía aqueles Municípios que já possuíam regime próprio de previdência na qual constavam os servidores ocupantes de cargo em comissão.

Eduardo Rocha Dias posiciona-se no sentido de que *“(...) somente os comissionados investidos em seus cargos após a Emenda Constitucional nº 20/98 é que se sujeitam ao Regime Geral de Previdência Social. Aos que já estavam contribuindo para sistemas próprios antes do advento da reforma, deve ser assegurada a permanência no respectivo regime como forma, inclusive, de manter-se o equilíbrio financeiro e atuarial daqueles sistemas.”*¹⁶⁵

A Portaria 4.992, de 5 de fevereiro de 1999, ao disciplinar a Lei nº 9.717/97, dispôs no art. 9º o número mínimo de mil segurados para que os entes federados possuam previdência própria, considerados servidores ativos e inativos, e no art. 11 reforçou a vedação de celebração de convênio, consórcio ou outra forma de associação para a concessão de benefícios, indo além da restrição imposta na Lei, determinando que os convênios, consórcios ou outra forma de associação existentes na data da vigência da Lei nº 9.717/98 deveriam pagar os benefícios até aquela data, ficando vedada a concessão de novos benefícios a partir dela.

Em primeiro plano, constata-se que a Lei extrapola a generalidade ao exigir um número mínimo de segurados para os municípios possuam previdências próprias. A razão apontada no inciso, evitar resseguro, não se sustenta pois não deve ser este o parâmetro utilizado e sim o disposto no *caput*, ou seja, mesmo que o município não possuísse este número mínimo padrão, restando demonstrado pelo cálculo atuarial e demonstrativo financeiro a sustentabilidade do sistema, deveria o Município poder optar pelo sistema próprio pois é inerente ao seu interesse local.

Como aborda Joaquim Castro Aguiar a competência municipal não pode ser restringida por normas gerais. Segundo o autor:

“A competência municipal não é limitável senão pelo que decorre, direta ou indiretamente, da Constituição. A lei federal, instituidora de normas gerais, não pode a pretexto de regular matéria concorrente, sobre as quais tem competência declarada, regular tais assuntos, com afronta ao princípio da autonomia municipal. O regramento constitucional funciona tanto para os Municípios, quanto como limite à legislação federal e à estadual. A competência municipal não nasce da lei, mas da Constituição, que baliza e lhe garante, por lógica, quando menos, um mínimo de viabilidade e sobrevivência. Não faria sentido deixar a legislação concorrente, seja federal ou estadual, desvinculada do disciplinamento constitucional, porque, então, a discriminação constitucional das competências seria inócua.”¹⁶⁵

A Portaria nº 4.992/99 ao fixar um número mínimo de mil servidores para compor o sistema praticamente exclui desta opção a maior parte dos municípios brasileiros que possuem populações pequenas e por conseguinte um número de servidores muito aquém deste teto.

Segundo dados Censo Demográfico 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE¹⁶⁷, dos 5.559 municípios brasileiros, 1.465 têm população até 4.000 habitantes, 1.309 na faixa de 5.000 até 9.900; 1.355 de 10.000 até 19.999; 936 de 20.000 até 49.999; 284 de 50.000 até 99.999; 187 de 100.000 até 499.999; 16 de 500.000 até 999.999.999 e apenas 13 com mais de 1.000.000 habitantes.

Da análise destes dados constata-se que mais da metade dos municípios brasileiros possui população de até dez mil moradores, sendo que o percentual de servidores dificilmente ficará em torno de 10% dos habitantes do município, não atingindo o patamar mínimo exigido pela Lei para constituir previdência própria. Apenas a título comparativo, o Município de Santa Rosa, RS, possui 65.034 habitantes¹⁶⁸, sendo o 29º em termos de população no Rio Grande do Sul e em

¹⁶⁵ DIAS, op. cit., p. 68.

¹⁶⁶ AGUIAR, op. cit., p. 33-34.

¹⁶⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Demográfico 2000*, p. 3 a 143.

¹⁶⁸ Idem.

termos de Brasil figurando entre os municípios mais populosos. Deste número total de habitantes, 1.100 são servidores públicos municipais ativos e 356 inativos¹⁶⁹.

Portanto, dificilmente municípios com populações com menos de cinquenta mil habitantes, que são a maioria no Brasil, atinjam o número mínimo de mil servidores exigidos na Lei para constituírem regimes próprios de previdência.

Frise-se que tanto a Lei quanto a Portaria não permitem aos municípios que apesar de pequenos e com poucos servidores possuam uma situação financeira sanada possam optar pelo regime previdenciário próprio, impondo a vinculação ao regime geral de previdência social, INSS, o que é uma nítida afronta à autonomia municipal.

O Município de Horizontina, no Rio Grande do Sul, por exemplo, apesar de possuir apenas 17.670 habitantes possui uma renda per capita de R\$ 17.840,00¹⁷⁰, uma das maiores do país, podendo, teoricamente, arcar com um sistema próprio de previdência no que se refere a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, exigência contida na Constituição, mas está impedido de adotar este sistema porque não preenche o número mínimo de habitantes exigidos pela Lei nº 9.717/98.

O outro aspecto apontado na Lei, vedação à celebração de convênios, contratos e acordos entre os entes federados para dispor sobre a matéria é mais uma expressa ingerência da União nos Municípios, ferindo o princípio federativo pois uma lei federal não tem o condão de impor restrições que a Constituição não estabelece.

Tanto a Constituição Federal em sua redação original de 1988 quanto a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que modificou o sistema de previdência social, não dispõe sobre semelhante vedação, portanto, não pode uma

¹⁶⁹ Dados fornecidos pelo Departamento de Recursos Humanos da Prefeitura de Santa Rosa, RS, em agosto de 2001.

¹⁷⁰ Dados fornecidos pela Prefeitura Municipal de Horizontina, RS, em agosto de 2001.

lei federal restringir o que a Constituição não delimita, sob pena de estar cometendo uma flagrante inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, ao alterar a redação do art. 40 da Constituição, determina como diretriz dos sistemas próprios de previdência a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, sem que em momento algum estabeleça número mínimo de servidores para compor o sistema ou ainda vede a formação de consórcios ou entidades entre os entes federados.

Desta forma, a Lei nº 9.717/98 ao exigir um número mínimo de servidores contribuintes e vedar a associação de Municípios para dispor sobre a matéria, está impondo o seu regime de previdência para estes entes federados, o que constitui-se em flagrante violação do princípio federativo.

Cabe salientar que a redação da Portaria nº 4.992/99, ao regulamentar a Lei nº 9.717/98, estabelece uma restrição ainda maior do que a prevista na Lei regulamentada quando determina que os Municípios que já possuísssem na data da vigência da Lei convênios, contratos ou associações com outros municípios também ficaram proibidos de conceder novos benefícios, o que implicitamente levaria a sua dissolução.

Como se constata é uma Portaria reguladora, mais restritiva que a Lei, que por si só já era eivada de inconstitucionalidade por restringir dispositivo da Constituição e ferir um dos seus princípios.

Levando-se em conta que a grande maioria dos Municípios brasileiros é de pequeno e médio porte, a imposição de um número mínimo de mil servidores agregada a vedação de formação de consórcios ou convênios com outros municípios, cria obstáculos quase intransponíveis para a criação de regime previdenciário próprio para muitas cidades do país, contrariando a determinação contida no art. 40 da Constituição, alterado pela Emenda nº 20 /98, que se preocupa tão somente com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Tendo por fundamento o disposto no art. 40 da Constituição Federal, um município que possua menos de mil servidores para compor o regime, mas que tenha sustentabilidade econômica demonstrada por cálculo atuarial, preencheria a exigência contida na Constituição.

De igual forma, os Municípios que sozinhos não pudessem comportar o sistema, mas que demonstrassem a possibilidade de equilíbrio econômico, a partir de uma análise atuarial, se unidos com sistemas de outra cidade, estariam adequados à exigência constitucional.

Mas, como se verifica, antes de preocupar-se com o equilíbrio econômico e atuarial do sistema, parece ser a intenção da Lei nº 9.717/98 impor o regime previdenciário federal para o maior número de entes possíveis, neste caso os municípios já que os Estados preencheriam os requisitos nela contidos, sob o frágil argumento de que o regime federal seria mais adequado para a previdência dos entes públicos o que causa estranheza tendo em vista a reestruturação (retaliação) promovida pela Emenda nº 20/98 na área previdenciária privada sob a alegação de que o sistema federal era insustentável financeiramente.¹⁷¹

Ambas as restrições promovem uma coercibilidade para que os Municípios adiram ao regime geral de previdência social, numa demonstração explícita de

¹⁷¹ O trabalhador sofreu uma série de restrições para conseguir a aposentadoria, sendo que há estudos que demonstram que o déficit da Seguridade não correspondem aos dados apresentados pelo governo. Como alerta Eduardo Rocha Dias, o governo federal ao mencionar o déficit do Previdência Social não menciona no cálculo os valores arrecadados pela Receita Federal que hoje integram à Previdência e está tomando providências como a aprovação da Desvinculação das Receitas da União, de flagrante inconstitucionalidade para retirar valores da Seguridade Social e empregar em outras áreas "(...)No tocante ao déficit do Regime Geral de Previdência Social, causa espécie a circunstância de todas as manifestações oficiais do Governo levarem em conta apenas as contribuições arrecadadas pelo próprio INSS, desconsiderando as contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro, arrecadadas pela Receita Federal (...) No ano de 1998, com efeito, o déficit do Regime Geral de Previdência Social (diferença entre o valor dos benefícios previdenciários pagos e arrecadação apenas do INSS) alcançou R\$ 7,4 bilhões. A arrecadação da Receita Federal, no mesmo ano, referente às contribuições sobre faturamento (CONFINS) e lucro alcançou R\$ 26, 4 milhões.;" DIAS, Eduardo Rocha. As novas regras das aposentadorias e das pensões no direito previdenciário brasileiro. Revista Interesse Público, Sapucaia do Sul: Notadez, v. 9, janeiro/março, 2001, p. 63-64.

ingerência que vem surtindo efeitos principalmente em virtude das pesadas sanções administrativas impostas na Lei nº 9.717/98, que será objeto de análise no Capítulo 3.

Dos 5.559 municípios brasileiros, 2.863 optaram pelo regime geral da previdência e 2.696 optaram por manter regime previdenciário próprio. Deste total, 74% estão com dificuldade para se adaptar às regras da Lei nº 9.717/98. Dos 497 municípios do Rio Grande do Sul, 122 optaram pelo regime geral de previdência e 375 optaram por manter regime próprio de previdência. Deste total, 53,6% estão com dificuldade de se adaptar à Lei nº 9.717/98.¹⁷²

Como demonstram os números, a Lei nº 9.717/98 atingiu seu objetivo de fazer com que os municípios aderissem ao regime geral de previdência social. Atente-se que dos optantes pelo regime próprio, a maioria está com dificuldades para cumprir as pesadas e inconstitucionais exigências da Lei. Cumpre referir que a maioria dos municípios gaúchos optou pelo regime próprio, apesar de encontrar as mesmas dificuldades de adaptação.

O prazo final para adaptação à Lei está se esgotando e possivelmente os Municípios não consigam arcar com as sanções impostas pela Lei nº 9.717/98, o que levará a uma adesão ainda maior de municípios ao regime geral de previdência social.

Atente-se que apesar da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, dispor sobre a previdência própria dos servidores da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, seus dispositivos repercutem na sociedade como um todo porque além do percentual descontado pelo servidor para compor o sistema próprio, há a complementação destes pelos entes públicos.

Na medida que esta contribuição por parte do Estado ocorre com valores provenientes também da sociedade, seja através do recolhimento dos impostos, seja

¹⁷² EMERIM, Dulce. *Previdência própria avança em cidades gaúchas*. Zero Hora, Porto Alegre, 05 de agosto de 2001.

por outras fontes, é fundamental que respeitem as diretrizes traçadas pela Constituição para a matéria.

Além disso, a legislação deveria ter objetivo inverso: fortalecer a previdência própria do Município pois com isso promoveria uma melhor fiscalização do sistema pelos cidadãos, na medida que o gerenciamento destes valores ocorreria no próprio Município. É notório que um dos fatores pelos quais os chamados “rombos da previdência” não cessam de crescer e que dificilmente conseguem ser rastreados e sanados, é a concentração de recursos e gerenciamento da área em um órgão federal o que dilui a possibilidade de controle.

A Lei nº 9.717/98 ao coagir que também as previdências dos Municípios se incorporem ao sistema estará afastando do cidadão mais uma possibilidade de fiscalizar como é empregado o dinheiro público.

Outro dispositivo da Lei nº 9.717/98 que demonstra a ingerência da União no Município é o disposto no inciso I do art. 9º que determina:

“Art. 9º - Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;”
(grifos acrescentados).

Como se constata, a União está arrogando-se em “supervisora” destes sistemas em relação à entes federados que já possuem, por previsão constitucional, órgãos de fiscalização externa e interna, destacando-se em relação aos Municípios a função fiscalizadora exercida pela Câmara de Vereadores e pelos Tribunais de Contas dos Estados, bem como pelo Ministério Público Estadual. No caso do Rio Grande do Sul há uma Procuradoria de Prefeitos e

Fundações, especializada no acompanhamento dos casos de denúncias em relação às administrações municipais.

Além disso, a “supervisão” e “orientação” obviamente ocorreram sob a ótica da União e não da que for mais adequada aos Municípios. A diversidade cultural e econômica do país gera dificuldades para que um órgão central acompanhe e oriente tantas realidades diferentes. Não comporta um tratamento homogeneizado para situações díspares.

A Lei nº 8.666/93, Lei das Licitações, também é norma que deveria possuir caráter de generalidade, por força do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal¹⁷³, mas tratou de forma tão amiúde de seu objeto que praticamente impossibilitou a participação dos demais entes da federação na sua suplementação, o que viola a repartição de competências prevista na Constituição Federal. Para além deste fato, legislou sobre áreas que são da abrangência do Município.

Segundo Marçal Justen Filho¹⁷⁴, *“Se toda a competência para disciplinar licitação e contratação administrativa fosse da União, a CF/88 não teria aludido ‘a normas gerais e teria adotado cláusulas similares às previstas para o direito civil, comercial, penal, etc.’”* O Autor prossegue no sentido de que os demais entes federados podem regular a matéria dentro de sua esfera de atuação mas por força da redação do inciso XXVII do art. 22, da Constituição Federal haveria pouca margem para atuação destes entes, mas destaca em relação ao Município que:

“O limite da norma geral é a peculiaridade do interesse e da estruturação local. Não se pode admitir que a CF/88, ao

¹⁷³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;” (grifo no original).

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 11-15.

atribuir competência à União para legislar sobre normas gerais, estivesse desmerecendo o basilar e fundamental princípio da federação. A Lei federal não pode se imiscuir sobre a organização político-administrativa das demais entidades federadas (...) Nem pode determinar que os editais de concorrência promovida pelo Ministério Público deverão ser publicados no Diário Oficial do Estado. Pode-se determinar a obrigatoriedade da publicação – derivada, aliás, de princípio constitucional – mas, o Município definirá o regime da publicidade de seus atos oficiais.”

Marçal Justen Filho destaca ainda que o STF julgou constitucional, em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS, os dispositivos da Lei nº 8.666/93 quanto ao aspecto da extensão do conceito de generalidade das normas, mas, na mesma ação, em cautelar, suspendeu a vigência das alíneas “b” e “c” do inciso I e alíneas “a” e “b” do inciso II e § 1º todos do art. 17¹⁷⁵ da referida Lei que restringiam a doação de bens públicos¹⁷⁶ por entender os dispositivos citados feriam a autonomia dos entes federados.

¹⁷⁵ Idem, p. 16 e 110.

¹⁷⁶ “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade concorrência, dispensada nos seguintes casos:

(...)

B – doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo;

C – permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

(...)

II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada nos seguintes casos:

A – doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após a avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

B – permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração pública. (...)

§ 1º - Os imóveis doados com base na alínea “b” do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.”

Miguel Reale, analisando a vedação (antes da suspensão pelo STF) dos entes públicos doarem imóveis para terceiros, nos termos do Art. 17, I, b, da Lei n. 8.666/93, disse que

“(...) o Município brasileiro passou a compor o sistema federativo, recebendo, originariamente, nas matrizes mesmas da Constituição, não somente a outorga dos bens que lhe pertencem, como entidade autônoma, mas também os recursos financeiros que, de maneira intangível, lhe competem.

Assim sendo, falece competência ao legislador federal para estabelecer limites ao poder que tem o Município para livremente dispor de seus bens, aliená-los ou doá-los, desde que obedecidos os mandamentos da respectiva Lei Orgânica. Até mesmo esta, desde a Carta de 1988, deixou de ser promulgada pelo Estado, para passar a ser de atribuição exclusiva das Municipalidades.

(...) Ora, é mediante a Lei Orgânica que o Município dispõe, entre outros fins, sobre a alienação de bens municipais, a título oneroso e gratuito.

Como se trata de matéria que envolve ‘a forma federativa de Estado’ – que, no Brasil, repito, é tripartida, dada a plena autonomia político-financeira conferida ao Município –, estamos perante um preceito primordial, incluído entre as chamadas ‘regras pétreas’, contidas no § 4º do art. 60 da Lei Maior.

Desse modo, a União tem competência privativa para legislar sobre desapropriação, mas não até o ponto de proibir a Municipalidade de doar os imóveis desapropriados (...).”¹⁷⁷

Esta restrição, antes da liminar de suspensão pelo STF, criou grandes óbices aos Municípios pois em muitos deles a doação de imóveis públicos destinava-se à entidades sociais ou assistenciais para que estas entidades construíssem suas sedes ou prestassem o atendimento para população. No Município de Santa Rosa, a Lei nº 2.351, de 16 de agosto de 1991, contém esta previsão.

Além deste dispositivo, a Lei das Licitações estabeleceu para a matéria uma normatização extremamente complexa e ritualizada que gera dificuldades de

¹⁷⁷ REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 189 e 191.

cumprimento para municípios de pequeno e médio portes, carentes de um corpo técnico apto a dar suporte para cumprir todas as etapas que a Lei determina para a realização de algumas modalidades de licitação.

Em muitos destes municípios há um mínimo de pessoal de nível superior nos quadros públicos, sendo que em vários não há procuradores municipais ou contadores no quadro efetivo, sendo a presença destes profissionais essencial para cumprir as determinações contidas na Lei nº 8.666/93.

Segundo dados do Censo 2000, dos 5.559 municípios brasileiro, 4.129 possuem menos de 20.000 habitantes. Os mesmos dados indicam que há municípios brasileiros com pouco mais de 800 habitantes¹⁷⁸.

De tal sorte que, sob alguns aspectos, a Lei torna-se inexecutável para a grande maioria dos municípios brasileiros, justamente pelo detalhamento que ela promove quando sua competência seria apenas de traçar normas gerais, diretivas.

Esta exaustão no trato da matéria, impossibilitando a suplementação por parte dos demais entes federados, gera na maioria das vezes a total inviabilidade do cumprimento da norma.

Não pode uma Lei que deve abranger todo território nacional dispor de igual forma para todos os municípios, esperando que um Município de três mil habitantes possua a mesma infra-estrutura, tanto física quanto humana, de um outro do porte de São Paulo, por exemplo, para implementar seus dispositivos. Estas peculiaridades são supridas quando a lei federal cumpre o que determina a Constituição Federal: ater-se às diretrizes gerais sobre determinadas matérias.

Mas, mesmo quando a Lei estipula apenas normas de características gerais, muitas vezes refere-se aos Municípios de modo uniforme não estipulando, por exemplo, graduação ou escalonamento de cidades tendo por base a população

¹⁷⁸ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. *Censo Demográfico 2000*, p. 3 a 143.

local ou a renda *per capita* do Município, dependendo o assunto abordado, o que produz dificuldades no seu cumprimento e suplementação.

A adoção de normas gerais com um escalonamento que permita dar conta da diversidade vivenciada pelos Municípios brasileiros, seria dar pleno cumprimento à repartição de competências insculpada na Constituição.

Outro exemplo de ingerência da União no Município é a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Lei Complementar nº 101/2000, atendendo ao disposto no art. 165, § 6º, da Constituição Federal, estabelece para todos entes federados regras sobre o planejamento da Lei de Diretrizes Orçamentárias; trata da receita, enfocando sua previsão, arrecadação e condições de renúncia, bem como sobre as despesas, como limites e controles sobre gastos como pessoal e seguridade social; define e estabelece condições para que ocorram transferências voluntárias; traça regras para destinação de recursos ao setor privado; trata da dívida e do endividamento; aborda a gestão patrimonial, envolvendo preservação do patrimônio público; dá as regras para a transparência e fiscalização da gestão fiscal e estruturação de contas e nas disposições transitórias estabelece prazos especiais para a vigência em conformidade com o número de habitantes.

A Lei, ao dizer que objetiva a disciplina na questão das finanças públicas, promove uma série de restrições e limites para atuação dos entes federados, algumas delas extrapolando a repartição de competências prevista na Constituição.

Para fixar, por exemplo, uma isenção fiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU que atinja famílias com renda de até um salário mínimo, deve-se projetar antecipadamente quantas famílias no Município preenchem este requisito, quanto será o total da renúncia decorrente desta isenção e de que forma o Município irá compensá-la, sendo que todas estas etapas devem ocorrer previamente e integrar a

lei de diretrizes orçamentárias¹⁷⁹. A inexatidão nos dados poderá gerar responsabilização tanto na esfera cível quanto penal, como será demonstrado no Capítulo 3.

Nota-se que para coleta prévia dos dados deverá ser mobilizado grande contingente de servidores, com a necessidade de apoio técnico especializado, por exemplo, contador e assistente social, para que a projeção possa conter o detalhamento exigido pela Lei Complementar, o que, frise-se, é inviável para Municípios de pequeno e médio porte.

Esta norma poderá restringir a concessão, por parte dos Municípios de isenções, principalmente relativas ao IPTU, atingindo a população mais carente em um dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal: o direito à moradia.

Esta restrição atinge o ideal de justiça fiscal, expresso no princípio da capacidade contributiva, que já estava contida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com a noção de que o pagamento de tributos deve estar de acordo com a capacidade do contribuinte. No Brasil, a idéia de vincular o pagamento de tributos com a capacidade contributiva, aparece na Constituição de 1824. Na Constituição de 1946, há previsão de forma expressa no art. 202. Na Constituição de 1967/69 foi suprimido, tendo retornado na Constituição de 1988, o § 1º do art. 145.¹⁸⁰

Em consequência do princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os tributos devem ser adequados à capacidade dos contribuintes de arcar com seu ônus, seus valores não podem atingir o mínimo vital, que seria aquele mínimo indispensável para a subsistência do indivíduo.

¹⁷⁹ STAHNKE, op. cit., p. 197.

¹⁸⁰ Evolução histórica conforme dados contidos na obra de CONTI, José Mauricio. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.

“Art. 145.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos

Destaca-se que a Constituição elenca a moradia como um dos itens indispensáveis para as necessidades vitais básicas. Igual diretriz encontra-se em outros artigos da Constituição Federal, tais como o inciso XXVIII do art. 5º, que vincula a propriedade à sua função social, e o art. 182, que estabelece como objetivos da política de desenvolvimento urbano o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar dos habitantes.

Ao dispor sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil, formada também pelos Municípios, a Constituição prevê no inciso III do art. 1º como um destes fundamentos a dignidade da pessoa humana e no inciso III do art. 3º, menciona como dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais. Além disso, a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, introduziu a moradia como direito social, alterando o art. 6º da Constituição Federal.

Sob esta perspectiva, garantir moradia para os cidadãos está dentro das metas que o Estado deve atingir e como os tributos são arrecadados para custear as despesas do Estado, dentre elas a promoção da saúde e previdência social, educação, cultura, assistência social e também, pelas normas supracitadas, o acesso à moradia, não pode um tributo ser um meio de retirar o único imóvel que o cidadão possui para residir.

Dentre os tributos elencados na Constituição, encontra-se o Imposto Predial e Territorial Urbano, IPTU, de competência dos municípios, nos termos do inciso I do art. 156, da Constituição Federal e para executar dívidas provenientes do não pagamento deste tributo.¹⁸¹

individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

¹⁸¹ Ressalta-se que mesmo aqueles imóveis considerados por lei como bem de família, isto é, imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, podem ser penhorados para quitar débitos oriundos de IPTU, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança de dívida ativa, e da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem da família, que prevê como uma das

Analisando-se as finalidades que os tributos devem custear, dentre as quais encontra-se o acesso à moradia, e trazendo esta questão para o âmbito de incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, verifica-se que restrição à possibilidade de concessão de isenção de IPTU para famílias carentes, através de exigências prévias que muitos municípios não poderão cumprir, fere o princípio da capacidade contributiva e os objetivos da República Federativa do Brasil, além de desvirtuar o objetivo precípua dos tributos que é custear as despesas do Estado, que, como visto acima, inclui o acesso à moradia para a população.

Também verifica-se na prática que na maioria das vezes a penhora destes imóveis geram mais custos ao erário. Ao tomar o imóvel pela execução fiscal o município estará gerando um problema social, comprometendo a renda da família executada com os custos de locação de um imóvel, ou, em casos mais extremos, terá auxiliar esta família que integrará o imenso contingente dos moradores de rua, com custos aos cofres públicos.

Tem-se clara a situação de que no âmbito municipal, em termos tributários, o IPTU é a principal fonte de arrecadação da maioria dos municípios brasileiros. No município de Santa Rosa, RS, no ano de 1999, em relação aos impostos arrecadados, o IPTU foi tributo com percentual mais significativo, representando um percentual de 8% da receita do município. No caso deste município a receita de ISS ficou em torno de 80% do percentual arrecadado com o IPTU no mesmo exercício, mas esta é uma exceção na região pois Santa Rosa é a cidade mais industrializada do noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Nos demais municípios, em termos de arrecadação de impostos, a receita tributária concentra-se basicamente nos recursos advindos do IPTU.¹⁸²

exceções para esta impenhorabilidade a cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar (art. 3º, IV).

¹⁸² Dados fornecidos pela Secretaria da Fazenda do Município de Santa Rosa sobre o ano de 1999.

Mas o fato do IPTU ser a principal fonte de receitas tributárias dos municípios não pode gerar um desvirtuamento dos objetivos elencados na própria Constituição e atingir o mínimo vital dos contribuintes num aspectos fundamentais para a vida moderna que é a questão da moradia.

O problema habitacional é presente em todo país e o Estado tem procurado minorá-lo através de programas voltados para a população de baixa renda, financiamentos para mutirões, etc. Mas de nada adiantam tais medidas se por outro lado, o próprio Estado fomenta a questão criando obstáculos formais para a concessão de isenção, promovendo a possibilidade das pessoas perderem a propriedade do imóvel que habitam.

Além disso, mais uma vez é atingido o lado mais fraco da relação, neste caso o contribuinte, sem que o governo tome medidas para sanar problemas como o da sonegação fiscal, tomando como via de regra a providência de aumentar as alíquotas dos tributos existentes, criar novas modalidades tributos ou dificultar a concessão de isenções tributárias.

Em reportagem publicada no mês de julho de 2000, na Revista Veja¹⁸³, segundo um estudo realizado pela própria Receita Federal, constatou-se que para cada real de riqueza declarado, outro é enviado para fora do país para fugir da tributação. Com isso 700 bilhões de reais deixam de ser declarados por ano, valor correspondente a 40% da renda nacional, ou seja, quase cinquenta por cento da receita nacional é sonegada.

Com este montante não arrecadado é óbvio que o Estado enfrente problemas de caixa que geram medidas que, na maioria das vezes, não mostram-se aptas a enfrentar de fato o problema. Em decorrência disto ficam cada vez mais restringidas as hipóteses de isenção tributária que poderiam suprir as distorções do sistema.

¹⁸³ REVISTA VEJA, edição 1657, ano 33, n.º 28 de 12 de julho de 2000, p. 104.

Atente-se que a Lei Complementar nº 101/2000, nas Disposições Finais e Transitórias, no art. 63, estabeleceu um patamar diferenciado de exigências para municípios com população inferior a cinquenta mil habitantes, mas, mesmo com esta ressalva, os prazos fixados nos incisos do art. 63 são de difícil cumprimento para Municípios que não possuem corpo técnico qualificado.

Oscar Breno Stahnke ao comentar alguns aspectos da Lei de Responsabilidade Fiscal aponta para as dificuldades dos Municípios em adequarem-se, por exemplo, as exigências para a elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias:

*“(...) os Municípios não têm, de momento, estrutura para executar esta providência. É necessário profundo conhecimento para fazer a fixação das metas na lei de diretrizes orçamentárias, principalmente fazer os anexos que a lei exige, com todos os detalhes dos cálculos que levarão à estimativa de uma despesa (...) os Municípios não têm experiência em planejamento, principalmente neste planejamento que aqui se impõe e nem contam com recursos humanos suficientes e aptos.”*¹⁸⁴

Também a redação do art. 64 das Disposições Finais e Transitórias contemplou a hipótese da União prestar assistência técnica e cooperação financeira para os municípios modernizarem as respectivas administrações, tanto no aspecto administrativo, quanto financeiro, patrimonial, tributário e previdenciário para dar cumprimento ao disposto na Lei. Ocorre que até o presente momento não há notícias de um real envolvimento do governo federal neste aperfeiçoamento, limitando-se ao envio de “guias” para os Municípios.¹⁸⁵

Ao lado da legislação federal que afronta a repartição de competências prevista na Constituição, o país vive sob a égide das Medidas Provisórias¹⁸⁶ que

¹⁸⁴ STAHNKE, Oscar Breno. *Aspectos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 193.

¹⁸⁵ Como o “guia”: KHAIR., Amir Antônio. *Lei de Responsabilidade Fiscal: Guia de Orientação para as Prefeituras*. Brasília, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000.

¹⁸⁶ Segundo dados do site da Presidência da República, extraídos em 09 de agosto de 2001, somadas as Medidas Provisórias do primeiro e segundo governos do presidente Fernando

também percorrem o mesmo caminho de ilegalidade e ilegitimidade da legislação, com a agravante de emanar de um único poder, o Executivo.

A redação do art. 62 da Constituição Federal¹⁸⁷, ao dispor que o Presidente da República poderia, em caso de relevância e urgência, adotar Medidas Provisórias, MPs, submetendo-as de imediato ao Congresso Nacional, com previsão de convocação extraordinária caso estivesse esta Casa em recesso, dá uma idéia ao intérprete de que as Medidas Provisórias somente poderiam ser utilizadas em uma situação extrema que não poderia aguardar a tramitação normal de uma lei.

Mas, mesmo neste caso de extrema urgência, em momento algum o art. 62 autoriza que sejam violados quaisquer dos dispositivos da Constituição para elaboração do conteúdo destas Medidas. Mas, como se tornou praxe no país, a maioria das Medidas Provisórias não possuem caráter de relevância e urgência¹⁸⁸ e o que é mais grave, violam direitos fundamentais plasmados na Constituição.

Henrique Cardoso, totalizam 5.316 (cinco mil trezentos e dezesseis), sendo 2.609 (duas mil seiscentas e nove) no primeiro governo e 2.607 (duas mil seiscentas e sete) no segundo. Apenas para traçar um comparativo, segundo dados da mesma fonte, somadas todas as Medidas Provisórias dos governos José Sarney, Fernando Collor e Itamar Franco chega-se a um total de 812 (oitocentas e doze), demonstrando com que magnitude o atual governo lança mão de tais medidas.

Talvez um dos fatores desta atuação desmedida seja a omissão do Legislativo em analisá-las, como demonstram os números da mesma fonte: das MPs editadas no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, uma foi rejeitada, uma perdeu a eficácia, cinco foram revogadas, 86 foram convertidas em lei e 2.408 MPs foram reeditadas (mais 137 do primeiro governo). Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos – Medidas Provisórias – Edição e Reedição por Governo. Disponível em: http://www.PresidenciaRepublica.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/MP_governo.htm Acesso em 12 agosto de 2001.

¹⁸⁷ A redação do art. 62 da Constituição Federal tem o seguinte teor:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.”

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

¹⁸⁸ A MP 2.143-33/2000 dispõe sobre “Distribuição gratuita de prêmios e sweepstakes – concessão de autorização a título precário e transferência de competência ao Ministério da Fazenda.” A MP 1960-56/99 dispõe sobre “Importação – adicional de frete para a renovação da marinha mercante” e a MP 1961-29/2000 trata da “Sociedades Cooperativas – Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária (RECOOP) – Criação do Serviço Nacional de Aprendizagem de Cooperativismo (SESCOP), são alguns exemplos de temas que não comportam a designação de relevantes e urgentes. IOB – Informações Objetivas. Textos Legais janeiro a dezembro de 2000, p. 3 e 4.

Numa longa tradição do Judiciário brasileiro de ser refratário à análise de conteúdo das normas, este Poder não se manifestou sobre a relevância ou urgência das primeiras Medidas Provisórias, fundado no argumento de que esta análise seria inerente ao poder discricionário do Executivo, bem como fez uma interpretação extremamente flexível quanto à possibilidade de reedição destas Medidas¹⁸⁹.

Este fato, agregado a omissão do Legislativo em analisar as MPs em tempo hábil, levou o Poder Executivo a promover uma verdadeira avalanche de Medidas Provisórias no ordenamento jurídico brasileiro, dispondo sobre todos os assuntos nas mais diversas áreas.

Como afirma Sérgio Cademartori:

*“Com a expansão das ações do Executivo, criando novos campos de atuação e interferência na vida dos cidadãos – e conseqüentemente com um incessante aumento da capacidade normativa de conjuntura da Administração, que se evidencia pelo incremento incessante de Medidas Provisórias editadas e reeditadas, com a conseqüente normatização da vida cotidiana através de portarias ministeriais, decretos e outras normas de origem do Executivo – é colocado em xeque o princípio da legalidade, dando origem a uma crise do Estado de Direito a qual arrasta até o Poder Judiciário.”*¹⁹⁰

Dentre as inúmeras Medidas Provisórias que afrontam dispositivos constitucionais, será abordada a Medida Provisória nº 1.979-24, que *“Dispõe sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar, Institui o Programa Dinheiro Direto na Escola e dá outras providências”*, por dar a exata dimensão da ingerência da União no Município e da violação aos direitos fundamentais promovida pelo Executivo, através das MPs.

¹⁸⁹ A Medida Provisória nº 2.095 já foi reeditada 76 vezes e a Medida Provisória 1.955, setenta e cinco vezes, conforme IOB – Informações Objetivas. Textos Legais janeiro a dezembro de 1999, p. 3 a 8, e IOB – Informações Objetivas. Textos Legais janeiro a dezembro de 2000, p. 2,3 e 4.

¹⁹⁰ CADEMARTORI, op. cit., p. 175-176.

A Medida Provisória nº 1.979/2000, dentre outras coisas, disciplina o repasse de recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar. Este programa contém previsão de repasse de recursos para os Estados, Distrito Federal e Municípios adquirirem merenda escolar.

Ocorre que dentre as previsões contidas na Medida Provisória, está disposto no art. 3º a forma de composição do Conselho de Alimentação Escolar, com a seguinte redação:

“Art. 3º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por instrumento legal próprio, no âmbito de suas respectivas jurisdições, um Conselho de Alimentação Escolar – CAE, como órgão deliberativo, fiscalizador e de assessoramento, constituído por sete membros e com a seguinte composição:

I – um representante do Poder Executivo, indicado pelo Chefe desse Poder;

II – um representante do Poder Legislativo, indicado pela Mesa Diretora desse Poder;

III – dois representantes dos professores, indicados pelos respectivos órgão de classe;

IV – dois representantes de pais de alunos, indicados pelos Conselhos Escolares, Associações de Pais e Mestres ou entidades similares;

V – um representante de outro segmento da sociedade local.

§ 1º. No Município com mais de cem escolas de ensino fundamental, bem como nos Estados e no Distrito Federal, a composição dos membros do CAE poderá ser de até três vezes o número estipulado no caput, obedecida a proporcionalidade ali definida.”

Como se verifica, uma Medida Provisória que em analogia à legislação federal deveria ater-se à normatização geral sobre a matéria, chega ao ponto de prever como será a composição do Conselho para os demais entes federados.

Atente-se que não é a composição mínima exigida, mas a composição definitiva que somente poderá ser alterada em casos de Municípios como um número maior de escolas de ensino fundamental, desde que obedecida a proporcionalidade imposta, em uma nítida inconstitucionalidade formal.

Quando da reedição da Medida Provisória impondo esta configuração para o Conselho, muitos Municípios já possuíam Conselhos de Alimentação Escolar criados por lei municipal, gerando com isto a necessidade de adequar o seu Conselho àquele exigido na Medida Provisória. Com isso, ocorreu uma demora na formação de novos Conselhos e como por força do art. 3º da Medida Provisória eles têm função deliberativa, fiscalizadora e de assessoramento houve atraso na remessa dos documentos exigidos pela MP.

A Medida Provisória determina dentre as causas da não autorização do repasse dos valores para aquisição da merenda escolar as seguintes situações:

“Art. 3º...

§ 7º - Fica o FNDE autorizado a não proceder o repasse dos recursos do PNAE aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, na forma estabelecida pelo Conselho Deliberativo, comunicando o fato ao poder legislativo correspondente, quando esses entes:

I – não constituírem o respectivo CAE, no prazo de noventa dias, a contar de 5 de junho de 2000;

...

IV – não apresentarem a prestação de contas nos prazos e na forma estabelecidos.”

Pela redação, verifica-se que há suspensão do repasse com comunicação do fato ao Poder Legislativo, órgão fiscalizador do Executivo. Não há previsão de prévia comunicação ao Legislativo ou ao Ministério Público, que na questão da gestão do dinheiro público e infância e adolescência também possui função fiscalizatória, com a continuação do repasse da verba. Há a mera previsão da suspensão com a comunicação numa afronta flagrante à Constituição Federal.

A Constituição Federal uma única vez impõe ao Estado uma prioridade absoluta e quando o faz refere-se à criança e ao adolescente, nos termos do art. 227 da Constituição Federal:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (grifos acrescentados).

Da análise do art. 227 da Constituição Federal constata-se que é dever do Estado, imposto como prioridade absoluta, assegurar à criança e ao adolescente alimentação. Como a merenda escolar constitui-se muitas vezes no único alimento ingerido no dia por milhares de crianças brasileiras, suspender o envio dos valores para aquisição de merenda escolar pelo não preenchimento de requisitos formais instituídos em uma Medida Provisória é privar um número incontável de crianças da única alimentação que elas têm acesso, numa afronta clara a um dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Saliente-se são considerados direitos fundamentais não somente aqueles dispostos no Título II da Constituição Federal, mas também todos aqueles que expressa ou implicitamente constem em outros títulos e capítulos da Constituição Federal, conforme o disposto no § 2º do art. 5º, sendo que nos termos do art. 227 quando tais direitos tiverem como destinatários crianças e adolescentes, deverão ser assegurados de forma prioritária.

Em virtude deste dispositivo, a Medida Provisória nº 1.979/2000 possui ilegitimidade substancial ao afrontar o direito fundamental da criança e do adolescente à alimentação, quando a própria Constituição impõe sua observância de maneira prioritária.

Cabe ressaltar que todas as Leis abordadas, apesar de eivadas de inconstitucionalidades foram originárias de um processo legislativo, com votação, aprovadas pela maioria parlamentar e sancionadas pelo Presidente da República, o que poderia gerar uma arguição de legitimidade destas normas em virtude de sua aprovação “democrática”.

Assim como o positivismo utiliza a idéia da fusão da legalidade com a legitimidade para dar uma noção de pseudo neutralidade para leis portadoras de inconstitucionalidades materiais, hoje se coloca em xeque, com a Teoria Garantista, a idéia positivista de que a aprovação por maioria sempre é democrática.

A Teoria Garantista produz um redimensionamento quanto a questão das deliberações por maioria, um dos fundamentos do Estado Democrático, mas que tem sido empregado como ícone embaixador de decisões que violam direitos das minorias e da própria maioria quando manipulada pelos detentores do poder.

O principal desafio da democracia não é a mera questão formal de decidir por maioria, mas garantir que decisão majoritária não afronte direitos consagrados na Constituição como fundamentais para toda a sociedade.

Para tanto, Luigi Ferrajoli estabelece uma distinção entre democracia formal e substancial, na qual o Garantismo aparece como base da democracia substancial. O Autor chama de democracia substancial a do Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais, e de democracia formal ou política ao Estado político representativo, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.¹⁹¹

Como resume Sérgio Cademartori: “(...) enquanto princípio da maioria nos declara quem decide, o princípio da democracia substancial nos diz o que se deve e o que não se deve decidir. Ou seja, existem espaços normativos que conformam a

¹⁹¹ FERRAJOLI, op., cit., p. 864.

esfera do indecível (Direitos e garantias individuais e sociais, p. ex.), e os poderes públicos devem respeitá-los em sua integridade."¹⁹²

Para o Estado Liberal vigoraria a regra de que nem tudo se pode decidir, nem sequer por maioria, enquanto que para o Estado Social a regra é que não se pode deixar de decidir, nem sequer sobre maioria, sobre questões como de sobrevivência ou subsistência, ainda que contrariem o interesse da maioria.¹⁹³

Jorge Miranda também aborda a questão sob esta perspectiva. Ao discorrer sobre a importância da democracia para a realização dos direitos fundamentais, alerta para o fato de que a decisão da maioria não é critério de verdade e que nem tudo pode ser objeto de deliberação, mesmo que majoritária. Para o Autor:

"A maioria, naturalmente, não é critério de verdade (...) há casos em que a regra da maioria não se afigura suficiente, ou suficientemente adequada.

*(...) De fora têm, contudo de ficar nos limites transcendentais do poder constituinte, como sejam os respeitantes aos mais fundamentais dos direitos fundamentais (direito à vida e à integridade pessoal e outros constantes, entre nós, do art. 19, nº 6, da Constituição); e os limites imanentes traduzidos no pluralismo e na existência da oposição. Para que a Democracia subsista, a maioria de certo momento não pode reduzir ao silêncio a minoria (...) quando não se limita o âmbito do poder político da maioria (em nível estatal), limita-se necessariamente a liberdade ou o poder de todos os cidadãos, do povo em geral e, portanto, do titular da soberania."*¹⁹⁴

Cármem Lúcia Antunes Rocha lembra que "prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas

¹⁹² CADEMARTORI, op. cit., p. 177.

¹⁹³ No original: "(...) si la regla del estado liberal de derecho es que no sobre todo se puede decidir, ni siquiera por mayoría, la regla del estado social de derecho es que no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervencia y de subsistencia, por ejemplo, el estado no puede de dejar de decidir, incluso aunque que no interesen a la mayoría." FERRAJOLI, op. cit., p. 864.

¹⁹⁴ MIRANDA, Jorge. *O Homem e o Estado: Direitos do Homem e Democracia*. Revista Interesse Público. São Paulo: Notadez, nº 1, p. 83, janeiro/março 1999.

aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade e não dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.”¹⁹⁵

Além disso, a manipulação de informações por parte dos governantes para construir “verdades” que tentem captar um apoio majoritário da população em torno de determinados assuntos, está presente de forma marcante nos dias atuais em que a força da mídia é uma realidade.

Michel Foucault demonstra a ligação umbilical entre a verdade forjada e o poder: *“A verdade ‘está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apóiam, e a efeitos de poder que ela induz e que a reproduzem.”*¹⁹⁶ Ainda do mesmo Autor sobre o tema: *“A investigação do saber não deve remeter a um sujeito do conhecimento que seria sua origem, mas a relação de poder que lhe constituem. Não há saber neutro. Todo saber é político. E isso não porque cria nas malhas do Estado, é apropriado por ele, que dele se serve como instrumento de dominação, descaracterizando seu núcleo essencial. Mas porque todo saber tem sua gênese em relações de poder.”*¹⁹⁷

Segundo Jürgen Habermas :

“A propaganda é a outra função que uma esfera pública dominada por mídias assumiu. Os partidos e as suas organizações auxiliares vêem-se, por isso, obrigados a influenciar as decisões eleitorais de modo publicitário, de um modo bem análogo à pressão dos comerciais sobre as decisões de compra: surge o negócio do marketing político. Os agitadores partidários e os propagandistas ao velho estilo dão lugar a especialistas , neutros em matéria política partidária e que são contratados para vender política apoliticamente (...) Ao invés de uma opinião pública, o que se configura na esfera pública

¹⁹⁵ ROCHA, 1999, p. 41.

¹⁹⁶ FOUCAULT, op. cit., p. 14.

¹⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. XXI.

manipulada é uma atmosfera pronta para a aclamação, é um clima de opinião."¹⁹⁸

Na medida que a verdade é construída e justificada através da manipulação da opinião pública utilizando o mito de que o conceito de democracia comporta qualquer conteúdo, desde que imposto pela maioria, gera uma aceitação interiorizada das normas fazendo muitas vezes que as pessoas realmente confundam democracia formal com substancial, não questionando os governantes acerca de normas que tolhem seus direitos por acreditar que foram fruto de um processo democrático e, portanto, devem ser acatadas.

José Eduardo Faria ao discorrer sobre desenvolvimento jurídico, que para o Autor é o deslocamento das lutas dos indivíduos e grupos sociais da força bruta para força ética, constatava que este desenvolvimento promovia o fortalecimento das instituições, mas alertava para os perigos do uso indevido da força das instituições contra os indivíduos:

*"(...) o desenvolvimento jurídico conduz ao fortalecimento das instituições, embora muitas vezes o ato de poder do qual emana um comando político ou uma obrigação jurídica seja, primeiramente um ato que se sustenta pela força, pois entre panelas de ferro (a coerção) e as de barro (os valores reclamados pelos diversos grupos sociais), quebram sempre as mais fracas. Um indicativa importante é a ameaça que as práticas democráticas e as liberdades civis viriam sofrendo pela crescente utilização de medidas de emergência, que variam desde o estado de sítio à lei marcial [hoje substituídas pelas Medidas provisórias]. Elas podem Ter eficácia a curto prazo, mas o grande perigo é o de conduzirem também a governos autoritários, sob o pretexto de 'recurso extremo' para a defesa das instituições ameaçadas."*¹⁹⁹

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 252-254

¹⁹⁹ FARIA, op. cit., p. 52.

Atente-se que a obra data de 1978 em um período em que o país estava sob o jugo de uma ditadura militar. Hoje, as medidas de emergência deslocaram-se do plano político para o econômico, de “instituições ameaçadas” para “mercado ameaçado”, de estado de sítio vive-se sob a égide do império das Medidas Provisórias que podem apresentar certa eficácia econômica a curto prazo, mas transformam o governo em autoritário na medida que exigem sacrifícios sociais não permitidos pela Constituição tornando-o ilegítimo.

Como expõe Sérgio Cademartori:

“Enfim, a ação absolutista dos Governos (ou seja, dos representantes de maiorias eventuais colocados à testa da máquina estatal), rebaixa-os à categoria já enunciada por Bartolus na Idade Média de tiranos pelo exercício, eis que, se bem assumiram o poder de acordo com as regras do jogo, não exercem esse mesmo poder conforme às mesmas; principalmente não o exercem de maneira a proteger e promover os direitos fundamentais das pessoas que compõem a nação.”²⁰⁰

Para corrigir esta distorção, o Judiciário deve despir-se da condição de neutralidade forçada que lhe foi imposta por uma concepção de direito que não abarca mais os anseios da sociedade e reconduzir às normas aos contornos estabelecidos pela Constituição através da declaração de invalidade da norma violadora dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Conforme Sérgio Cademartori: *“O postulado positivista da obrigação do juiz aplicar o Direito vigente vê-se abalada nos Estados de Direito caracterizados pro Constituições rígidas, já que quando as leis forem vigentes, porém inválidas, não existe para o juiz a obrigação jurídica de aplicá-las. As decisões judiciais prolatadas com base numa lei meramente vigente podem ser válidas com respeito a ela, mas isso não impede que essa mesma lei seja declarada inválida. O caso de que uma lei tenha sido sempre aplicada apenas quer dizer que ela é eficaz, e não nos diz nada a respeito de sua validade.”²⁰¹*

²⁰⁰ CADEMARTORI, op. cit., p. 178.

²⁰¹ CADEMARTORI, op. cit., p. 82.

Como demonstrado ao longo do Capítulo, o Estado sob a égide das Constituições dirigentes, transforma-se deixando de ser um fim em si mesmo e passando a ser instrumento da sociedade para a concretização dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, o respeito à repartição de poderes promovida pelo princípio federativo e o fortalecimento do Município são melhor forma de garantir a instrumentalização do cidadão para lutar por estes direitos e enquanto desencadeia-se este processo, deve o Judiciário, imbuído de novas atribuições, efetivar não mais a lógica do mercado mas sim a lógica da cidadania em sua dimensão mais plena.

Como diz Michel Foucault: *“O grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-las, utilizá-las ao inverso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto; de quem, se introduzindo no aparelho complexo, o fizer funcionar de tal modo que os dominadores encontrar-se-ão dominados por suas próprias regras.”*²⁰²

Mas, enquanto o Poder Judiciário não perceber a dimensão da tarefa que a Constituição coloca em suas mãos e despertar para o fato de seus membros são agentes da Sociedade e não do Estado, sendo sua atuação vital para coibir o agigantamento do poder federal que a tudo quer controlar e determinar não se detendo nem diante dos princípios e dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior do país, ficam os Prefeitos sujeitos à aplicação das sanções penais previstas nas leis federais e os munícipes ao pagamento do alto custo social advindo das sanções administrativas impostas pelo descumprimento de Lei federais,²⁰³ como será demonstrado no próximo Capítulo.

²⁰² FOUCAULT, op. cit., p. 25-26.

²⁰³ Apesar de inconstitucionais e inválidas, as leis continuam em vigor até que o Judiciário as invalide.

CAPÍTULO 3 A ILEGITIMIDADE DECORRENTE DAS SANÇÕES E A NECESSIDADE DE RESGATE DA AUTONOMIA MUNICIPAL

3.1 AS ESPÉCIES DE SANÇÕES AO DESCUMPRIMENTO DE LEIS FEDERAIS

As leis federais que impõem deveres aos entes federados, mesmo permeadas de algumas possíveis inconstitucionalidades, trazem em seu bojo sanções tanto de ordem penal quanto administrativa para aqueles que deliberadamente as infringem ou simplesmente não conseguem cumpri-las.

Em um primeiro momento serão abordadas as sanções penais previstas nas Leis abordadas no Capítulo 2, bem como em outras legislações penais passíveis de serem aplicadas pelo descumprimento das leis federais trabalhadas. Posteriormente serão abordadas as sanções de cunho administrativo previstas nas leis e Medida Provisória analisadas no Capítulo 2.

Pela estrutura do Direito brasileiro, enquanto na área penal as condutas atingem individualmente quem as pratica, por força do princípio da individualização da pena, nos termos do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, na esfera administrativa atingirão toda a coletividade tendo em vista que as sanções administrativas normalmente se caracterizam por uma suspensão ou

restrição no repasse de recursos da União aos Municípios ou óbices para estes arrecadarem valores junto ao sistema financeiro.

Tais medidas atingem a comunidade pois a maioria dos municípios brasileiros passa por grandes dificuldades financeiras e restringir-lhes o acesso à recursos é tolher uma série de atendimentos e serviços prestados para a população, incluindo muitos destinados a implementar direitos fundamentais.

Esta situação de miserabilidade dos Municípios têm embasado algumas decisões da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especializada no julgamento de crimes praticados por Prefeitos, que reconhece em alguns julgados a inviabilidade do cumprimento de dispositivos legais pela carência econômica dos Municípios:

“Processo-Crime nº 697802312 – 4ª Câmara Criminal Não pratica a desobediência do inc. XIV do art. 1º do Decreto-Lei nº 201 o Prefeito Municipal que obtém liminar em mandado de segurança contra sentença judicial determinando o seu não-cumprimento temporário. Da mesma forma, não está o alcaide obrigado a pagar duodécimos orçamentários da Câmara Municipal sobre a previsão orçamentária, mas, sim, sobre a receita efetivamente realizada. Situação notória de penúria dos Municípios de economia essencialmente agropastoril. Denúncia julgada improcedente.”²⁰⁴ (grifos acrescentados).

Por esta razão, apesar do Direito Penal possuir as sanções mais graves de todo o ordenamento jurídico, sob o ponto de vista da sociedade são nas sanções administrativas que estão latentes as consequências que mais a afetam.

²⁰⁴ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nº 193, abril, ano XXXIV, 1999, tomo III, p. 918.

3.1.1 SANÇÕES PENAIS

Como é da estrutura do Direito Penal Brasileiro, as sanções penais somente alcançarão, na esfera do Município, a pessoa do Prefeito e aquelas que agindo na condição de co-autor ou partícipe deste, na qualidade de funcionário público ou particular, praticarem as condutas descritas na legislação federal explanada no Capítulo 2 deste trabalho ou em outras leis penais que possam ser aplicadas ao caso. A razão desta afirmação reside no fato de que, salvo algumas exceções²⁰⁵, a pessoa jurídica, seja particular ou pública, de direito interno ou externo, não é passível de figurar como sujeito ativo²⁰⁶ de crime no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Desta forma, o Município, pessoa jurídica de direito público interno, não poderá figurar como sujeito ativo de um crime previsto na Lei nº 8.666/83, por exemplo, respondendo, neste caso, o servidor público ou particular que houver praticado a conduta.

Destaca-se que para fins de Direito Penal, o conceito de servidor público é aquele contido no art. 327²⁰⁷ do Código Penal, que abrange tanto servidores efetivos quanto ocupantes de cargos em comissão, estagiários e mandatários de cargo eletivo, como o Prefeito Municipal e os Vereadores.

²⁰⁵ Como a Lei nº 9.606, de 12 de fevereiro de 1998, que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências.”

²⁰⁶ Segundo Zaffaroni, Sujeito Ativo é o autor da conduta típica. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 474.

²⁰⁷ “Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função pública em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º. A pena será aumentada da Terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

A seguir serão analisadas as Leis e Medida Provisória trabalhadas no Capítulo 2, sob a ótica do Direito Penal brasileiro.

A Lei nº 9.717/98 não possui tipos penais, mas não há impedimento de que sejam aplicadas as normas penais previstas no Código Penal, principalmente no Título XI em que estão previstos os Crimes Contra a Administração Pública, bem como em Leis Especiais, como o Decreto-Lei nº 201, de 27, de fevereiro de 1967, para condutas que importem em crime contra a Administração Pública Municipal quando atingirem o regime próprio de previdência dos municípios que o adotem.

Cabe frisar que há decisões da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do ano de 1999, que entendiam, em similaridade com decisões de outros tribunais quanto ao delito de Apropriação Indébita, art. 168, do Código Penal, quando relativos à retenção de valores descontados para a Previdência, de que tais verbas não eram públicas, como se verifica na decisão do Processo-Crime nº 696801729 da 4ª Câmara Criminal:

“Processo-Crime nº 696801729 – 4ª Câmara Criminal

Retenção pela Prefeitura de parcela previdenciária devida ao Fundo Municipal descontada dos servidores. Ausência de tipicidade na conduta por não constituir verba pública, mas, sim, patrimônio do servidor. Estado de calamidade pública provado afasta também o dolo da conduta. Absolvição decretada.”

Ocorre que a Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, alterou o art. 168 do Código Penal, acrescentando novos tipos penais relativos à Apropriação Indébita Previdenciária, todos de ação pública incondicionada.²⁰⁸ Desta forma, restam prejudicados os acórdãos se pautavam pela redação antiga do art. 168, do CP, pois apesar de serem destinados aos servidores, o valor destes Fundos têm

²⁰⁸ “Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
(...)”

participação de receitas públicas pois são integrados por percentuais oriundos dos Municípios, valores estes que provêm da receita municipal²⁰⁹.

De igual sorte, a Medida Provisória nº 1.979/2000 não estipula previsões na esfera penal, aplicando-se às normas previstas no Código Penal e legislação penal extravagante para as condutas que interferirem no repasse de recursos para aquisição da merenda escolar.

A 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em caso de desvio e aplicação indevida de rendas públicas oriundas do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, similar a um possível desvio de recursos dos valores previstos na MP nº 1.979/2000, decidiu pela condenação do Prefeito com base no inciso IV do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67²¹⁰:

*“Processo-Crime nº 695800409 – 4ª Câmara Criminal Prefeito Municipal. Desvio e aplicação indevida de rendas públicas, em desacordo com o plano e programa de trabalho a que se destinava, oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, autarquia Federal vinculada ao Ministério da Educação, Incidência do Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, inc. IV.”*²¹¹

No Processo-Crime nº 691080865 da 4ª Câmara Criminal, os desembargadores reconheceram a competência da Justiça Estadual para processar e julgar Prefeito Municipal por malversação de verba pública de origem federal,

²⁰⁹ A justificativa constante na parte final do parágrafo é opinião pessoal exarada tendo por base a análise das leis referidas.

²¹⁰ A redação do inciso citado tem o seguinte teor:

“Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

I – empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam.”

²¹¹ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ano XXXIV, nº 193, tomo III, abril de 1999, p. 725.

tendo condenado o réu por estar incurso no inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67.²¹²

Cabe ressaltar que por força do princípio da legalidade, consagrado no art. 1º do Código Penal e inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal não pode Medida Provisória criar tipos penais pois apesar de ter força de lei, não é lei por não contemplar o processo legislativo expresso na Constituição Federal.

A Lei nº 8.666/93 possui a Seção III do Capítulo IV que dispõe dos “Crimes e das Penas” que abrange condutas que impeçam, dificultem ou frustem a licitação, todas dolosas e de ação pública incondicionada.

A seguir, dois julgados da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com base nos tipos penais da Lei nº 8.666/93:

“Processo-Crime nº 698800083 – 4ª Câmara Criminal

**DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.
PREFEITO MUNICIPAL. DENÚNCIA.
RECEBIMENTO. LICITAÇÃO. VANTAGEM
ADJUDICATÓRIO POR ALTERAÇÃO EM LEI OU
NO ATO CONVOCATÓRIO DA LICITAÇÃO. CRIME
EM TESE.**

Tendo havido modificação do contrato, fora das hipóteses legais, com vantagem em favor do adjudicatório, fato definido como crime no art. 92 da Lei nº 8.666 de 21-06-93, é de ser recebida a denúncia, se os acusados, na sua resposta escrita, não conseguem elidir a imputação. O dolo, salvo raríssimas exceções, é matéria que demanda investigação profunda do fato, que só a dilação probatória possibilita.”²¹³

“Processo-Crime nº 692135163 – 4ª Câmara Criminal
Processo-Crime. Prefeito Municipal. Pagamentos sem
dotação orçamentária. Créditos orçamentários sem
autorização legislativa. Abertura de créditos
suplementares sem previsão legal. Despesas sem

²¹² Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ano XXXIV, nº 193, tomo I, abril de 1999, p. 249.

²¹³ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ano XXXIV, nº 193, tomo III, abril de 1999, p. 949.

empenho. Pagamento a pessoa diversa da do credor. Descumprimento à legislação relativa às licitações. Fraude em licitação. Pagamento de despesas não consideradas públicas. Emprego de verbas da Secretaria de Educação em desacordo com sua destinação. Utilização no interesse próprio ou de terceiros de rendas públicas. Acusações parcialmente julgadas procedentes."²¹⁴

Como verifica-se nos Processos-Crimes citados, estes tipos penais são importantes na medida que coíbem condutas que são lesivas ao erário e por consequência para a sociedade, mas devem ser analisados com precaução pelo julgador nos casos em que decorrem da falta de estrutura dos municípios, como mencionado no Capítulo 2.

Nesta hipótese, poderão ensejar a atipicidade da conduta por decorrerem de culpa²¹⁵ na modalidade imperícia (desconhecimento das regras técnicas) tendo em vista que a Lei nº 8.666/93 contempla apenas tipos dolosos²¹⁶.

Por exemplo, o art. 89²¹⁷ da Lei nº 8.666/93 dispõe dentre outras condutas, que é crime deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação. O procedimento previsto na Lei para estes casos é extremamente complexo podendo gerar uma inobservância formal decorrente da falta de pessoal técnico qualificado para proceder a todas as etapas exigidas na norma, por exemplo, não configurando o dolo de inobservância mas a culpa pela imperícia, pelo desconhecimento.

²¹⁴ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ano XXXIV, nº 193, tomo II, abril de 1999, p. 361.

²¹⁵ Ver ZAFFARONI, p. 506 e ss.

²¹⁶ Para Zaffaroni, Dolo é o querer do resultado típico, a vontade realizadora do tipo objetivo. ZAFFARONI, op. cit., p. 480.

²¹⁷ "Art. 89. *Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:*

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

A jurisprudência sobre os tipos penais da Lei nº 8.666/93 entende que os tipos penais inseridos na lei caracterizam-se por serem crimes de formais, ou seja, o tipo penal antecipa o resultado, não há necessidade que se produza dano ao erário para a configuração do crime, basta a realização da conduta descrita.

Mas, mesmo exigindo apenas a realização da conduta não podem prescindir do elemento subjetivo para sua tipificação, que no caso é o dolo, consubstanciado no querer ou assumir o risco de produzir a conduta descrita no tipo penal.

Caso não esteja presente este elemento, sendo a conduta decorrente de um desconhecimento sobre as especificidades da matéria, não pode ensejar o enquadramento penal pois a conduta está carente de um dos elementos que compõe o tipo, o dolo, o *animus*, a intenção do agente.

Segundo voto do Desembargador Constantino Lisbôa de Azevedo no Processo-Crime nº 698800277 – 4 ° Câmara Criminal – Rio Pardo²¹⁸: *“Mesmo em crimes formais, é indispensável a presença da conduta dolosa. Assim, demonstrado propósito de agir regularmente e em benefício da coletividade, não há que se punir o agente (...)”*.

O parágrafo único do art. 18 do Código Penal determina que salvo os casos expressos em lei, prevendo a modalidade culposa, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime senão quando o pratica dolosamente. Por força deste dispositivo, as condutas do Prefeitos decorrentes de imperícia produzem a atipicidade em relação aos tipos penais da Lei nº 8.666/93.

Com relação as sanções da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, dispõe no art. 73:

²¹⁸ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ano XXXIV, nº 192, fevereiro de 1999, p. 99.

“Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.”

Em relação aos Prefeitos, na esfera penal, aplica-se o Código Penal e o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.^{219, 220}

No Código Penal, o Título XI dispõe sobre os Crimes contra a Administração Pública, sendo que o Capítulo I trata dos “Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública em Geral” e o Capítulo II dos “Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública”. A Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 acrescentou o Capítulo IV ao Código Penal que trata dos “Crimes contra as Finanças Públicas”, abrangendo condutas que violam dispositivos da Lei Complementar nº 101/2000.

O Decreto-Lei nº 201/67 também foi alterado pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 que acrescentou alguns incisos ao art. 1º, sobre condutas que violam dispositivos da Lei Complementar nº 101/2000.

Dentre as alterações promovidas pela Lei nº 10.028/2000 no Decreto Lei nº 201/67, destacam-se as contidas nos incisos XX e XXIII²²¹ do art. 1º que

²¹⁹ Também são aplicáveis as sanções previstas na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 que “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.”, por força no disposto no art. 1º da referida Lei.

²²⁰ Para ver mais sobre o enquadramento dos Prefeitos no Decreto-Lei nº 201/67 ver CASTRO, José Nilo de. *A defesa dos Prefeitos e Vereadores em Face do Decreto-Lei nº 201/67*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996 e FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores: Comentários ao Decreto-Lei nº 201*. São Paulo: J. Bushatsky, 1978.

²²¹ “Art. 1º - São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

...
XX – ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive com suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;
...

criminalizam as condutas referentes as operações de crédito em desacordo com a lei e transferência voluntária de recursos em desacordo com condição estabelecida em lei, respectivamente.

Ambas terão sérias implicações futuras aos administradores municipais como será demonstrado posteriormente quando forem tratadas as sanções administrativas, pois a maioria delas caracterizam-se justamente por impor como sanções aos Municípios restrições e vedações nas operações financeiras e por exigir condições para transferência de recursos voluntários inexecutáveis para a maioria dos municípios brasileiros ou que ferem frontalmente a autonomia municipal.

Dos julgamentos realizados pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a maioria enquadra os crimes praticados pelos Prefeitos, quando lesivos aos cofres públicos, nos incisos do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 por ser norma específica que abrange as condutas destes agentes públicos, mas há também enquadramentos em outros dispositivos do Código Penal, como Peculato, Concussão, etc.²²²

Salienta-se a presença do interesse público como fundamentos das decisões dos Processo-Crime nº 698800257 e 693028847, ambos da 4ª Câmara Criminal:

***“Processo-Crime nº 698800257- 4ª
Câmara Criminal – Rio Pardo
Prefeito Municipal. Denúncia.
Verificando-se, desde logo, que a conduta do
Prefeito, embora tipificada no Decreto-Lei nº
201/67, visava, tão-somente, ao interesse
público, impõe-se a improcedência da
imputação. Acusação julgada improcedente.”***
²²³ (grifos acrescentados)

XXIII – realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.”

²²² Ver Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nº 192, 193, tomos I e III, nº 195 e 197, 1999.

***“Processo-Crime nº 693028847 - 4ª
Câmara Criminal
EX-PREFEITO MUNICIPAL.
REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.***

***Não há imputação de proveito pessoal
ou de terceiro. Se o procedimento do acusado,
embora irregular, foi inspirado no interesse
público, não haverá crime a punir.”²²⁴ (grifos
acrescentados)***

Como se verifica nas duas decisões do Tribunal, nos atos emanados dos agentes públicos, neste caso o Prefeito, devem ser questionadas a presença do interesse público, pois presente este não há lesão à sociedade e portanto afasta-se a incidência do Direito Penal.

Ao lado do interesse público e da presença de dolo, deve estar presente também na análise jurisprudencial a viabilidade econômica de serem realizadas as condutas prescritas nas leis. A condição de penúria pela qual passam a maioria dos municípios brasileiros em muitos casos gera a inviabilidade de cumprimento de dispositivos legais, embasando decisões que rejeitam as denúncias sob este fundamento.

Assim como no Processo-Crime nº 697802312 da 4ª Câmara Criminal já citado, outras decisões apontam nesta direção, como a do Processo-Crime nº 697800621 da 4ª Câmara Criminal:

***“Processo-Crime nº 697800621 - 4ª
Câmara Criminal
PROCESSO-CRIME. PREFEITO
MUNICIPAL. DESVIO DE VERBAS
PÚBLICAS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.***

***Não há dolo na conduta do acusado
que, diante das dificuldades financeiras
enfrentadas pelo Município, pretere***

²²³Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nº 192, fevereiro, ano XXXIV, 1999, p. 97.

²²⁴Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nº 193, abril, tomo III, ano XXXIV, 1999, p. 1012.

recolhimentos e repasses de contribuições ao Fundo de Aposentadorias em detrimento ao pagamento das pensões dos servidores que já possuíam o direito de se aposentar pelo Município. No caso, não houve proveito pessoal ou de terceiro. Não houve desvio de verbas, apenas foi prorrogado o repasse das contribuições em razão da falta de recursos."²²⁵ (grifos acrescentados)

"Processo-Crime nº 691115885 - 4ª Câmara Criminal

PREFEITO MUNICIPAL.

*Supostos delitos cometidos, em concurso com empresário, há mais de 10 anos, em detrimento do erário público. Pequeno Município, desorganização contábil, falta de assessoramento, à época, do Tribunal de Contas. Irregularidades situadas no campo apenas administrativo, ausência de dolo. Rejeição de nova denúncia, após recebida outra, com base no Decreto-Lei nº 201, instruído todo o processo e desconstituída a ação penal pelo fato de um dos réus não ser mais Prefeito. Consideração pelo Tribunal, da prova antes coligida. A antevisão da inviabilidade do processo legitima o indeferimento da denúncia."*²²⁶ (grifos acrescentados)

Pelas decisões proferidas pela 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verifica-se que na esfera penal é possível resguardar a pessoa do administrador público municipal de leis que promovam ingerência da União no Município através da análise de elementos como a ausência de dolo, interesse público pautando a conduta do administrador e inviabilidade fática de realização de exigências que não podem ser suportadas pela carência financeira em que vivem a maioria dos municípios atualmente.

²²⁵ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nº 193, abril, tomo III, ano XXXIV, 1999, p. 892.

²²⁶ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nº 193, abril, tomo I, ano XXXIV, 1999, p. 287.

Mas, mais graves do que as sanções penais que podem atingir uma única pessoa ou pessoas certas e determinadas, são as sanções administrativas que repercutem em toda a coletividade, retirando recursos dos Municípios que inviabilizam ainda mais a gestão municipal em todas as áreas, inclusive aquelas protegidas pelos direitos fundamentais.

3.1.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

As sanções administrativas impostas para o descumprimento das Leis trabalhadas no Capítulo 2 têm como tônica atingir o Município através da suspensão de repasses de valores a estes entes, sujeitando-os aos desmandos da União.

Da forma como está estruturada a repartição de rendas na Constituição, verifica-se que os Municípios são dependentes do repasse de recursos dos Estados e da União para realizarem as obrigações e serviços estipulados na órbita constitucional, fragilizando a Federação.

Como verificado anteriormente, não basta a existência formal de atribuições de competências para os entes federados, é essencial a existência material de condições para que esta previsão se implemente. Nesta ótica, a disponibilização de recursos é fundamental para consecução deste objetivo.

Mas, conforme constata Ricardo Lodi Ribeiro: *“Desde a promulgação da Constituição de 1988, vem ocorrendo na Federação brasileira um fenômeno de centralização de recursos na esfera federal, por meio de criações do constituinte*

derivado, como o Fundo de Estabilização Fiscal e Fundo Social de Emergência.”

227

Dalmo de Abreu Dallari ao elencar as características fundamentais do Estado Federal aponta a necessidade de que para cada esfera de competência se atribua renda própria. Nas palavras do autor: “(...) *Como a experiência demonstrou, e é óbvio isso, dar-se competência é o mesmo que atribuir encargos. É indispensável, portanto, que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de rendas suficientes, pois do contrário a autonomia política se torna apenas nominal, pois não pode agir, e agir com independência, quem não dispõe de recursos próprios.*” ²²⁸

Ocorre que no país está acontecendo uma atribuição cada vez maior de encargos ao Município sem que haja uma contra-partida em termos de recursos. A municipalização da saúde e do ensino, por exemplo, geram importantes conseqüências no sentido de melhorar o nível de vida da população em áreas fundamentais²²⁹, mas por outro lado necessitam de um aporte financeiro que permita estruturar estas atividades.

Por esta razão, a possibilidade de aplicação de sanções que suspendam ou restrinjam estes repasses fere os direitos e garantias fundamentais plasmados na Constituição pois diminuem a fonte de recursos necessárias para implementar programas e serviços que atuam na concretização destes direitos.

Com relação ao repasse de recursos decorrentes da repartição de receitas, a Constituição Federal veda a retenção dos valores decorrentes desta repartição

²²⁷ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Pacto Federativo e Reforma Tributária*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 222, ou/dez 2000, Rio de Janeiro: Renovar, p. 92.

²²⁸ DALLARI, op. cit., p. 219.

²²⁹ No Município de Santa Rosa, RS, foi implantada a gestão semi-plena do Sistema Único de Saúde em 1995, através da Lei Municipal nº 2.912, de 17 de dezembro de 1995, sendo que a partir desta data foram inaugurados dez pontos de saúde na zona urbana e rural do Município que têm atendimento médico, odontológico e de enfermagem diário e dois postos avançados, e também importantes programas como os dos agentes comunitários de saúde que reduziram a mortalidade infantil do Município em níveis comparáveis aos do primeiro mundo. Dados fornecidos pela Fundação Municipal de Saúde de Santa Rosa, em agosto de 2001.

tributária, nos termos do *caput* art. 160 da Constituição Federal, autorizando como único requisito condicionante para este repasse o pagamento dos créditos devidos pelos entes federados, conforme parágrafo único do artigo citado:

“Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive autarquias.”

Atente-se que a redação do constituinte originário continha apenas o dispositivo do *caput* do art. 160 da Constituição Federal, em plena consonância com o sistema federativo adotado no art. 1º e 18 da Constituição Federal pois a autonomia decorrente do princípio federativo abrange também o aspecto financeiro, sob pena de serem esvaziadas as competências materiais e legislativas de cada ente, atribuídas na repartição de competências firmada pela Constituição.

O parágrafo único do art. 160 foi acrescido pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993. Como se verifica na redação, o referido parágrafo traz para o ordenamento constitucional, como norma emanada do constituinte derivado, uma restrição não prevista pelo constituinte originário e o que é mais grave, atingindo um dos princípios consagrados na Constituição de 1988, o federativo.

Ocorre que o referido parágrafo não foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de sê-lo na essência por atingir a autonomia financeira dos entes federados, e o que é mais grave, vem sendo aplicado pela União ferindo outros princípios constitucionais, como os da ampla defesa e do devido processo legal, além do princípio da legalidade tendo em vista que foi regulamentado através de Portaria Interministerial (Portaria Interministerial nº 00321, de 07.06.1994, do Ministro da Fazenda) e não por lei.

Hélio Cardoso Neto aponta estas inconstitucionalidades:

“Assim, se o débito do Município é de origem tributária, não se pode admitir que a União proceda ao bloqueio dos créditos do FPM ou qualquer outro sem que haja a necessária inscrição da dívida, a notificação do devedor, para que se lhe abra a oportunidade de peticionar administrativamente, em defesa de seus direitos ou contra a ilegalidade ou abuso do poder, diante de uma exigência fiscal que lhe pareça ilegítima ou irregular (CF, art. 5º, XXXIV, a). Quando a União efetiva diretamente o bloqueio de recursos do Município com fundamento em débitos tributários, sem necessária notificação prévia, é evidente a lesão ao ordenamento jurídico. O Município tem direito à interposição de recurso, nos termos das leis reguladoras do processo administrativo, e, com este procedimento, fica suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, III, do Código Tributário Nacional). Se a União efetua previamente a retenção dos valores do Município, desconhece estes direitos previamente estabelecidos. E mais, retém ‘todo’ o crédito do Município, obtém a característica de confisco.”²³⁰

A retenção total dos créditos a serem repassados pela União ao Município, sem guardar relação com o montante efetivo do débito, afronta o disposto na Constituição não resistindo a mais singela análise se confrontado como o princípio federativo pois se a possibilidade de restringir repasse de valores por si só já atenta contra este princípio, a retenção do total devido pela União ao Município, sendo que apenas parte deste valor constitui-se no crédito devido, como apontado pelo Autor citado, constitui-se em verdadeiro confisco de valores de um ente federado por outro o que agride as mais elementares bases sobre as quais se fundam a Federação, conforme visto no Capítulo 1.

Além disso, quando *“há o bloqueio de recursos dos Municípios, como é o caso do FPM, há uma restrição de direitos imposta pela União de forma unilateral, a qual não permite àquele ente federado o exercício do direito de ampla defesa, quer*

²³⁰ CARDOSO NETO, Hélio. *Limites Constitucionais ao Bloqueio do Fundo de Participação dos Municípios pela União*. Revista Interesse Público, ano 2, n.º 7, julho/setembro de 2000. São Paulo: Notadez, 2000, p. 131.

*seja para discutir o crédito alegado pela União, ou mesmo para pagá-lo, no seu exato montante.*²³¹

Nas normas federais abordadas no Capítulo 2, a suspensão das transferências voluntárias de recursos é uma constante. Está prevista no inciso I do art. 7º da Lei nº 9.717/98 e inciso I do § 1º do art. 31 da Lei Complementar nº 101/2000. Com relação à Medida Provisória nº 1.979/2000, a sanção também é de suspensão de repasse de recursos, mas neste caso os recursos são específicos do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE para aquisição de merenda escolar.

O art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000, define o que seja Lei transferência voluntária para aquela Lei

“Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.”

Como se verifica na redação do art. 25 da LC nº 101/2000, a idéia da transferência voluntária traz em si uma perspectiva de colaboração mútua entre os diversos entes da federação, tendência encontrada em diversos sistemas federativos, designado de federalismo cooperativo. Como destaca José Alfredo de Oliveira Baracho: *“O federalismo assenta-se, originariamente sobre a repartição dualista de competência e poder. Entretanto, nos últimos tempos, o federalismo dualista evoluiu, graças aos processos de cooperação e coordenação política, criando uma espécie de federalismo intergovernamental ou cooperativo. Procura-se conciliar a unidade, na diversidade.”*²³²

²³¹ CARDOSO NETO, op. cit., 133.

²³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988.* Revista de Direito Administrativo, nº 202, out/dez 1995. Rio de Janeiro: Renovar, p. 49.

Nesta perspectiva, o governo federal repassaria recursos como forma de colaborar com os demais entes federados na busca de realização de objetivos comuns. Mas, na prática, o que se constata é a existência de leis federais que ao invés de apenas traçar regras genéricas estão impondo aos entes federados uma normatização detalhada da matéria, fazendo com que todos eles ajam de acordo com as concepções impostas pela União, salientando que o não cumprimento acarreta o risco de não serem transferidos recursos para programas, muitos dos quais já em andamento e que por esta razão podem gerar obrigações jurídicas para os Municípios e a cessação fruição de serviços pelos munícipes.

Ao invés de um federalismo de cooperação vive-se um federalismo de ingerência e dominação, em que o ente mais forte, a União, dita as regras do jogo.

Tanto a suspensão dos valores relativos à transferência voluntária, quanto os recursos para aquisição de merenda escolar geram graves consequências sociais.

No caso dos valores para aquisição de merenda está claramente indentificada a população que será atingida: a criança e o adolescente, contrariando o disposto no art. 227 da Constituição Federal. Já em relação às transferências voluntárias, não há como saber o universo de pessoas lesadas pois estes recursos são utilizados nas mais diversas áreas, como assistência social, apoio à cultura, habitação popular, etc. Apenas salienta-se que o art. 25 da LC nº 101/2000 exclui desta vedação as verbas decorrentes de determinação constitucional e do Sistema Único de Saúde.

Dentre as verbas decorrentes de determinação constitucional, como aquelas oriundas da repartição de receitas do art. 160 da Constituição Federal que está sofrendo as ingerências já apontadas, há outros exemplos de repasses de recursos obrigatórios, como os referentes à educação. A redação do art. 25 da LC nº 101/2000 mais uma vez parece sinalizar no sentido de um Estado mínimo e não com um Estado Social máximo, como determina a Constituição.

Nesta dimensão de minimização do Estado também o discurso oficial de um governo centrado naquelas três bases não se mantém tendo em vista que saúde, educação e segurança estão à descoberto, não preenchendo os requisitos mínimos determinados pela Constituição para estas áreas.

Por outro lado há uma fúria arrecadatória da União, com o detalhe de concentrar na esfera federal estas verbas através de Fundos como o do Estabilização Fiscal e pela criação de obstáculos para a transferência de recursos para os demais entes federados. Com este quadro há o fortalecimento da União e o enfraquecimento de Estados e Municípios.

Nos incisos II e III do art. 7º da Lei nº 9.717/98 aparecem outras duas sanções de caráter administrativo para os entes que descumprirem suas determinações:

“Art. 7º. O descumprimento do disposto nesta Lei pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos Fundos, implicará, a partir de 1º de julho de 1999:

I – suspensão de transferências voluntárias de recursos pela União;

II – impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;

III – suspensão de empréstimos e financiamento por instituições financeiras federais.”

A restrição à celebração de convênios, empréstimos e financiamentos com a União, bem como a suspensão de empréstimo e financiamentos aos Municípios por instituições financeiras federais são mais duas medidas que amordaçam os Municípios através da tutela econômica. Ambas sanções atingem um ponto nevrálgico das administrações municipais: a possibilidade de captar recursos para honrar seus compromissos, muitos dos quais envolvem programas ligados à

implementação de direitos fundamentais, tais como os de habitação para a população de baixa renda.

Do exposto, verifica-se que a União disciplina assuntos em todos os seus matizes, impondo a sua concepção de atuação na área pois possui um instrumento poderoso para que os demais entes federados, notadamente os Municípios, acatem esta “orientação”: o poder econômico.

Esta realidade ao invés de ter sido modificada por força de uma Constituição que expressamente adota a repartição funcional e territorial do poder, reproduz fatos ocorridos quando o país vivia sob uma ditadura militar. Analisando a implantação de programas federais nos municípios, no ano de 1974, José Alfredo de Oliveira Baracho constatava a maior incidência destes programas em municípios maiores e o uso, já naquela época, de sanções impostas pela União aos Municípios que descumpriam obrigações formais como mecanismo de centralização política e administrativa. Segundo o Autor:

*“A formalização da participação das duas esferas de governo [União e Município] opera-se a favor da União, que dispõe de instrumental para aplicar sanções aos municípios que não cumprem as obrigações formalmente atribuídas. Mesmo que consagre a descentralização da execução, que é feita para justificar a orientação do governo em atingir progressiva desconcentração de atividades, em nome de uma racionalidade administrativa, não se pode negar que todas essas medidas levam as formas amplas de concentração política e administrativa”.*²³³

Ocorre que o país não vive mais sob uma ditadura e um pseudo-Estado de Direito e sim em uma democracia que precisa ser substancial e reflexo da Lei Maior que rege o direito brasileiro e que consagra o país como um Estado Democrático de Direito.

²³³ BARACHO, op. cit., p. 99 e 100.

A adoção do princípio federativo pela Constituição é um dos instrumentos aptos para implementar os direitos fundamentais dos cidadãos pois aproxima o poder do cidadão e da sociedade e, quando for violado por lei federal, seja sob o aspecto formal de não respeitar a repartição de competências determinada pela Constituição, seja substancialmente por atingir também direitos fundamentais, deve o Judiciário não aplicar as sanções previstas nesta Lei e declará-la inválida.

3.2. O RESGATE DA AUTONOMIA MUNICIPAL FRENTE À INGERÊNCIA DA UNIÃO

No Brasil, o fortalecimento da autonomia municipal sempre esbarrou em argumentos diversificados, que iam desde um enfoque dualista quanto ao conceito de federação, passam por uma tradição histórica de federalismo formal e praxis centralizadora, na qual admitia-se a autonomia administrativa, mas não a política e restritivamente a financeira, até argumentos que vêem tal atitude como emancipacionista²³⁴.

O Federalismo dual ou puro em que somente são entes federados a União e Estados não é mais a única forma de federalismo hoje existente. Como abordado no Capítulo 1, cada país estrutura o federalismo e o consagra na Constituição de acordo com a sua realidade e especificidades.

Portanto, o Federalismo brasileiro que incorpora os Municípios como entes da Federação não pode ser contestado por não ser “puro”, pois é o mais adequado à realidade e as especificidades do país e é o que está consagrado na Constituição Brasileira.

A evolução histórica Federalismo no Brasil, explanada no Capítulo 1, demonstra que em relação ao Município o país sempre viveu o paradoxo de conferir-lhe autonomia, mas ao mesmo tempo, buscar mecanismos que restringissem esta autonomia das mais diversas formas, seja através da nomeação dos seus governantes nos períodos ditatoriais ou na atualidade por restrições de ordem financeira e elaboração de leis tão detalhadas e abrangentes que não permitem a atuação legiferante local.

Este legado de centralização e de autoritarismo em que a autonomia política do Município era muitas vezes mera ficção legal pois estava jungida ao poder central, continua a pautar a conduta da União que quer impor a sua política neoliberal para todos os entes federados, inclusive aos Municípios, esquecendo-se de que o país está sob o manto protetor de uma Constituição de um Estado Democrático de Direito que consagra o princípio federativo.

É da essência deste princípio a repartição territorial de poder e repartir significa dar ampla liberdade de atuação aos entes federados, dentro da esfera de competências estipulada pela Constituição para cada um deles, sem intervir ou querer determinar a atuação dos demais. Por força do princípio federativo, o Município não está submetido à União, encontra-se no mesmo patamar desta. Ele somente é submetido à Constituição.

Mas não interessa à União o reconhecimento desta premissa essencial do Federalismo brasileiro, pois como afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha “(...) a força do poder econômico, casando-se mais amiudadamente com o poder político, requer mais centralização, que lhe permita melhor controle da realização de seus interesses nas sociedades organizadas em Estados.”²³⁵

²³⁴ Baseada em algumas atitudes isoladas, como a do então deputado Irton Marx que pregava a emancipação do Estado do Rio Grande do Sul do restante do Brasil.

²³⁵ ROCHA, op. cit., p. 170.

Além disso, a longa história brasileira de “salvadores da pátria” que necessitam de poder concentrado nas mãos para dirigir o rumo do país ainda é muito forte nos meios políticos.²³⁶ Como disse Raymundo Faoro,

“Toda nossa política, assim monárquica como republicana, mostrou-se geralmente duvidosa da capacidade do povo, ou suspeitosa do caráter de suas manifestações, de tal maneira que, entre nós, o povo foi sempre mais um símbolo constitucional do que fonte de autoridade em cujo contato dirigentes, representantes e líderes partidários fossem retemperar o ânimo e o desejo de servir.

*A política brasileira tem a perturbá-la intimamente, secretamente, desde os dias longínquos da Independência, o sentimento de que o povo é uma espécie de vulcão adormecido. Todo perigo está em despertá-lo. Nossa política nunca aprendeu a pensar normalmente no povo, a aceitar a expressão da vontade popular como base da vida representativa.”*²³⁷

Enquanto o povo não desperta para sua força e luta pela concretização de seus direitos, necessita que um outro Poder, o Judiciário, interfira nesta relação de dominação e ingerência e o liberte de normas que promovem injustiças e afrontam direitos consagrados na Constituição.

É preciso que o Poder Judiciário retome o seu papel e aja como guardião da Constituição e à luz da Teoria Garantista, nos exatos termos que a Lei Maior lhe confere, coíba os abusos da União e permita que a legislação infra-

²³⁶ Karl Loewenstein, citado por Raul Machado Horta, faz uma correlação entre a tendência centralizadora das Federações e o regime presidencial: “(...) Dentro dessa visão, destaca o Presidente da República que se transformou na mais poderosa coluna do poder político; a perda de representatividade estadual no Senado, que se tornou órgão da vontade dos partidos políticos nacionais; a industrialização e o crescimento urbano diluindo as manifestações do localismo conservador; a dependência crescente dos Estados pela carência de recursos próprios e a necessidade de suprir essa deficiência na fonte das subvenções federais; a atividade nacional dos partidos políticos e dos sindicatos, com a perda da temática local em seus programas e aspirações. Essa acumulação de tendências centralizadoras, segundo Loewenstein, tornou-se responsável pelo desencadeamento do processo de erosão do federalismo norte-americano.” HORTA, op. cit., p. 352.

²³⁷ Raymundo Faoro, vol. 1, p. 323.

constitucional volte aos contornos definidos pela Constituição, considerando inválidas as normas violadoras dos princípios constitucionais.

Com esta providência, estará assegurado o princípio federativo e por consequência o fortalecimento do Município permitindo que o cidadão e a sociedade sejam agentes construtores da sua história, promovendo as ações necessárias para implementar os direitos fundamentais que a Constituição do seu país lhes assegura, de acordo com a sua realidade.

Bryce, citado por José Alfredo de Oliveira Baracho²³⁸, ao elencar os méritos do Sistema Federal, destaca que *“o autogoverno estimula a maior participação do povo, através da ampla vida local e permite ao povo efetuar experiências de legislação e administração (...)”*.

Cabe ressaltar que o fortalecimento dos municípios não coloca em risco a unidade federativa, pelo contrário, a fortalece pois a diversidade permite um melhor aproveitamento dos pontos fortes de cada localidade e ações para superar os fracos. Conforme Dalmo de Abreu Dallari, *“(...) a organização federativa favorece a preservação das características locais, reservando uma esfera de ação autônoma a cada unidade federativa.”*²³⁹ E fortalecidos os Municípios também será fortalecido o todo, a federação, repercutindo em melhoria da qualidade de vida de toda a população.

Além disso, não é possível que uma norma emanada de Brasília contemple realidades tão diferentes como as de uma cidade com mais de 10 milhões de pessoas e outra com pouco mais de 800 habitantes²⁴⁰. Tal legislação não vislumbra a sociedade local, seus anseios, necessidades e desejos.

Para Marlene Grasso *(...) é do Município que emana a participação política popular mais estruturada e efetiva pois, é no Município e não nos Estados-membros*

²³⁸ BARACHO, op. cit., p. 38.

²³⁹ DALLARI, op. cit., p. 220.

²⁴⁰ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Demográfico 2000*, p. 3 a 143.

ou na União que o indivíduo realmente se assenta. Ele é a sede de residência do povo, sua estrutura político-administrativa é a que mais próxima se encontra dos problemas locais." ²⁴¹

Em termos de direitos fundamentais, há municípios brasileiros que carecem de direitos mínimos, como o acesso da população à alimentação, água e moradia. Em outros, os problemas básicos já foram sanados, mas existem aqueles que afetam direitos de terceira geração, como um meio ambiente saudável. Há ainda Municípios que por seu porte abrangem problemas diversificados, necessitando de ações diferenciadas para cada área da cidade.

Esta diversidade encontra resposta no Federalismo, que para Dalmo de Abreu Dallari, transforma oposições em solidariedade:

"Procedendo-se a uma síntese dos argumentos favoráveis ao Estado Federal, ressalta, em primeiro lugar a afirmação de que é mais democrático, pois assegura maior aproximação entre governantes e governados, uma vez que o povo tem sempre acesso mais fácil aos órgãos do poder local e por meio deste influi sobre o poder central. Outro argumento é justamente o que se refere à maior dificuldade para concentração de poder, o que, em última análise, também favorece a democracia. Além disso, argumenta-se que o Estado Federal, preservando as características locais e regionais, ao mesmo tempo promove a integração, transformando as oposições naturais em solidariedade." ²⁴²

A Constituição de 1988 captou a importância da valorização do Município pois são nas comunas que vivem os cidadãos e portanto é o local adequado para o exercício efetivo da cidadania através do controle, por parte da comunidade local, da implementação dos direitos fundamentais plasmados na Constituição, por isso elevou o Município a categoria de ente integrante da Federação brasileira.

²⁴¹ GRASSO, op. cit., p. 75.

Ao unir diversidades, o federalismo que põe em relevo o Município possibilita a atuação diferenciada e mais adequada para cada localidade de um país tão rico em contrastes que abrange em seu território desde o clima tropical de uma floresta amazônica até o clima frio do Sul, de descendentes das mais diversas origens que se unem e se mesclam formando um povo de cultura ímpar, de cidades com populações de milhões de habitantes até outras que não atingem mais de mil, de diferentes línguas dentro de um mesmo idioma.

Respeitar esta gama múltipla e variada de realidades dentro de um mesmo território é permitir que cada comunidade busque soluções e alternativas para seus problemas e dê concretude aos direitos insculpidos na Constituição, através de ações e normas que respondam a estas especificidades.

Tolher esta possibilidade através de uma centralização inconstitucional é não permitir que aflore o melhor do Brasil: ser uma reunião de contrastes que se complementam e o tornam único.

Portanto, aproximar o poder da sociedade com o fortalecimento do Município, através do princípio federativo, e transformar os membros do Poder Judiciário em agentes da sociedade e não do Estado, através de um análise Garantista do ordenamento jurídico, são passos essenciais para dar cumprimento ao mandamentos constitucionais e garantir acesso a todos os brasileiros aos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

²⁴² DALLARI, op. cit., p. 220.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988 adotou o princípio federativo, mas diferentemente das Constituições anteriores que adotaram um sistema federativo dual, em que a Federação era composta apenas por Estados e União, alçou o Município a categoria de ente federado, juntamente com a União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 1º e 18 da CF.

É da essência da Federação a existência de vários ordenamentos jurídicos incidindo sobre um mesmo território, decorrência da divisão territorial de poder que ela promove. Para que esta incidência não seja superposta, a Constituição estabelece uma repartição de competências na qual delimita a esfera de atuação de cada ente federado.

Como todos eles estão no mesmo patamar em termos constitucionais, não há relação de subordinação, mas coordenação entre as diversas ordens jurídicas emanadas de cada ente. Um não pode imiscuir-se na esfera de atuação do outro sob pena de quebra ou violação deste princípio.

A Constituição Federal de 1988 ao repartir as competências de cada ente, estipulou para o Município competências exclusivas, privativas, comuns e concorrentes, nos termos do art. 30 e 23 da CF.

Em relação à competência exclusiva, fixou como critério delimitador de atuação deste ente federado o *interesse local*, conforme inciso II do art. 30 da CF. Presente o interesse local do Município está afastada a possibilidade de incidência de atuação legislativa dos Estados e da União.

A definição de interesse local deve ser realizada caso a caso, mas é mais ampla do que àquelas estipuladas para a expressão *peculiar interesse*, consagrada em outras Constituições brasileiras, pois somente a Constituição de 1988 elevou o Município a categoria de ente federado e é sob esta nova diretriz, de estar em patamar de igualdade com a União e o Estado, é que devem ser interpretadas as normas que dispõem sobre repartição de competências na Constituição Federal.

Ao lado da competência exclusiva e comum, a Constituição prevê a possibilidade do Município suplementar normas gerais oriundas do Estado e da União, nos termos do inciso II da CF. Por força do § 2º do art. 24 da Constituição Federal, a União com relação às matérias elencadas no referido artigo, somente pode dispor sobre regras gerais sobre tais assuntos e desta forma estipular um mínimo comum para todas as ordens legislativas, evitando tratamentos díspares sobre a mesma temática, podendo os Estados e Municípios suplementarem tais assuntos de acordo com suas peculiaridades e especificidades.

Mas, conforme demonstrado no Capítulo 2, é cada vez mais presente a ingerência da União nos Municípios através de legislação federal e Medidas Provisórias que abrangem áreas de atuação delimitadas constitucionalmente para o Município.

Com isso, violam o princípio federativo, tentando impor através de uma legislação federal detalhista e pormenorizada, as diretrizes políticas da União, como se o país fosse unitário e centralizado e não uma Federação.

Além de centralizadoras, as normas emanadas da União também estão imbuídas de regras que violam direitos fundamentais consagrados na Constituição, como o direito à alimentação.

Ao disporem sobre tais assuntos impõem a visão da União sobre uma série de temáticas, coagindo os Municípios a cumpri-las sob pena de sofrerem sanções tanto de ordem penal quanto administrativa.

Com relação às normas penais, verificou-se que existem decisões que afastam sua incidência pela análise da presença ou não do dolo, tendo em vista que a maioria dos Municípios brasileiros é de pequeno porte e não possui corpo técnico qualificado o que gera muitas condutas decorrentes de culpa por imperícia, pelo interesse público do administrador municipal ao aplicar ou deixar de aplicar a lei, bem como pela inviabilidade de execução dos dispositivos legais tendo em vista a situação de penúria pela qual passa a maioria dos municípios brasileiros.

Na esfera administrativa, as sanções demonstram de forma mais clara a imposição da vontade da União pela força econômica pois a característica comum a todas elas é a restrição ou suspensão de recursos aos Municípios incidindo até em áreas protegidas pelos direitos fundamentais, como alimentação para crianças e adolescentes.

Mas, utilizando-se o enfoque da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, que traz uma nova acepção para a legalidade e legitimidade, através da reconstrução dos conceitos de vigência, validade e eficácia, deve o Poder Judiciário declarar como inválida uma norma que viole a Constituição e, desta forma, fazer com que as normas infra-constitucionais voltem a ter os contornos definidos pela Constituição.

O respeito ao princípio federativo na elaboração das normas permitirá uma maior atuação dos Municípios elaborando leis que digam com a realidade do

cidadão e da sociedade e, através delas, buscar implementar os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

O Estado como instrumento de garantia de tais direitos encontra maior viabilidade de realizá-los através da repartição do poder, fortalecendo os Municípios. São nas cidades que vivem os cidadãos e nelas que se encontram as melhores respostas para os problemas daquela sociedade.

Desta forma, fortalecer o Município, através do princípio federativo, e o Judiciário através da possibilidade de análise do conteúdo das leis face aos direitos fundamentais consagrados na Constituição, com base na Teoria Garantista, são dois importantes passos na construção de uma sociedade mais digna e mais justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARISTÓTELES. *A Política*. 15 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A Constituição de 1988 e seus Problemas*. São Paulo: Ltr, 1997.

— *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

— *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1 e 3. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEDIN, Gilmar Antônio. *Os Direitos do Homem e no Neoliberalismo*. Ijuí: UNIJUI, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

— *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade.* São Paulo: Malheiros, 2001.

— *A Constituição Aberta.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

— *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo.* In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/ Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, nº 15, abr.jun. 1996.

CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade.* São Paulo: Dialética, 1997.

CARDOSO NETO, Hélio. *Limites Constitucionais ao Bloqueio do Fundo de Participação dos Municípios pela União.* Revista Interesse Público, ano 2, nº 7, julho/setembro de 2000. São Paulo: Notadez, 2000.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARRION, Eduardo Kroeffer Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CASTRO, José Nilo de. *A Defesa dos Prefeitos e Vereadores em Face do Decreto-Lei nº 201/67.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

— *Direito Municipal Positivo.* 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 369.

DIAS, Eduardo Rocha. *As novas regras das aposentadorias e das pensões no direito previdenciário brasileiro*. Revista Interesse Público, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 9, janeiro/março 2001.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade (uma introdução à política do direito)*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

— *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoria do garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

— *O Estado federal — estrutura e características*. IN: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 2, janeiro-março de 93, p. 88-102.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores: Comentários ao Decreto-Lei nº 201*. São Paulo: Ed. J. Bushatsky, 1978.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

— *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – Centro de Estudos e Pesquisas da Administração Municipal – CEPAM. *O Município em Perguntas e Respostas*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico. Explicitação das Normas da ABNT*. 9 ed. Porto Alegre: s.n., 2001.

GRASSO, Marlene Savóia. *O Sistema Federativo*. IN: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 3, abril-junho de 93, p. 59-79.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

— *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. 5 ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo Demográfico 2000*.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos. Senso Comum/Thomas Paine. O Federalista/Hamilton, Madison, Jay. A democracia na América; O Antigo Regime a Revolução/Alexis de Tocqueville*. Seleção de textos Francisco Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho ... (et al.). 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

— *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1986.

— *Fundamentos da metodologia científica*. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 1993.

— *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 1986.

— *Técnicas de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1986.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed., revista e atualizada. Coimbra Editora, 1990.
- *O Homem e o Estado: Direitos do Homem e Democracia*. Revista Interesse Público. São Paulo: Notadez, nº 1, p. 79-84, janeiro/março 1999.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Tradução Pedro Vieira Mota. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- PINASSI, Ayrton. *Direito Municipalista Constitucional*. São Paulo: Conan, 1995.
- REALE, Miguel. *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATO, números 202, 203, 207, 209, 211, 218 e 222. Rio de Janeiro: Renovar.
- REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nº 193, tomos I, II e III, nº 195 e 197.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Revista Interesse Público. São Paulo: Notadez, nº 4, p. 23-48, outubro/dezembro 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 20. ed. rev. ampl. São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA, José Afonso da e outros. *O Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*.

— *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

— *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de participação, cidadania, direito, estado e município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

STAHNKE, Oscar Breno. *Aspectos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. In: SALIM, Adib Pereira Netto. et al. *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

WEBER, Max. *Textos selecionados/ Max Weber*. 3d. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. Artigo "O Direito no Brasil Colonial". Autor Cláudio Valentin Cristiani.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.